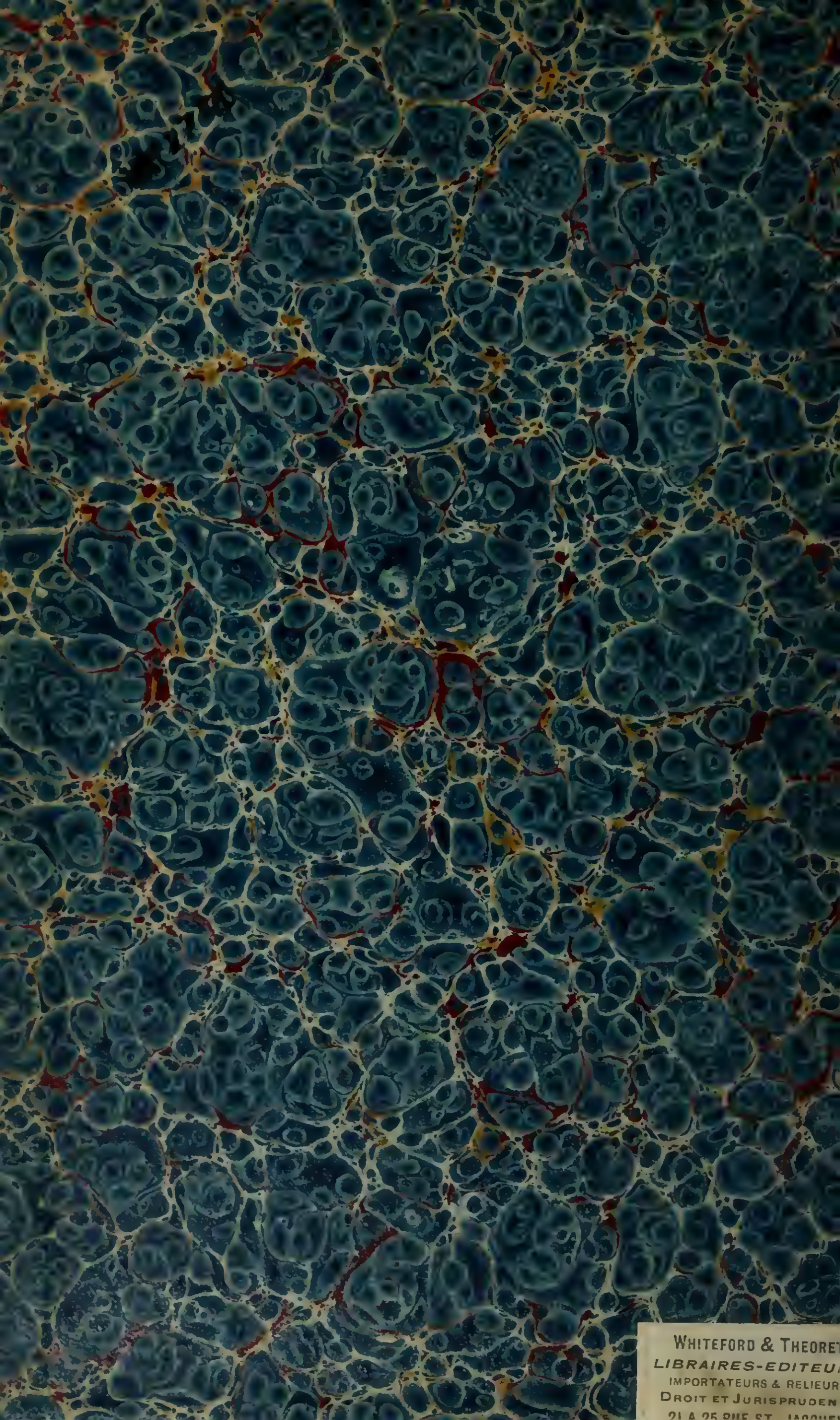
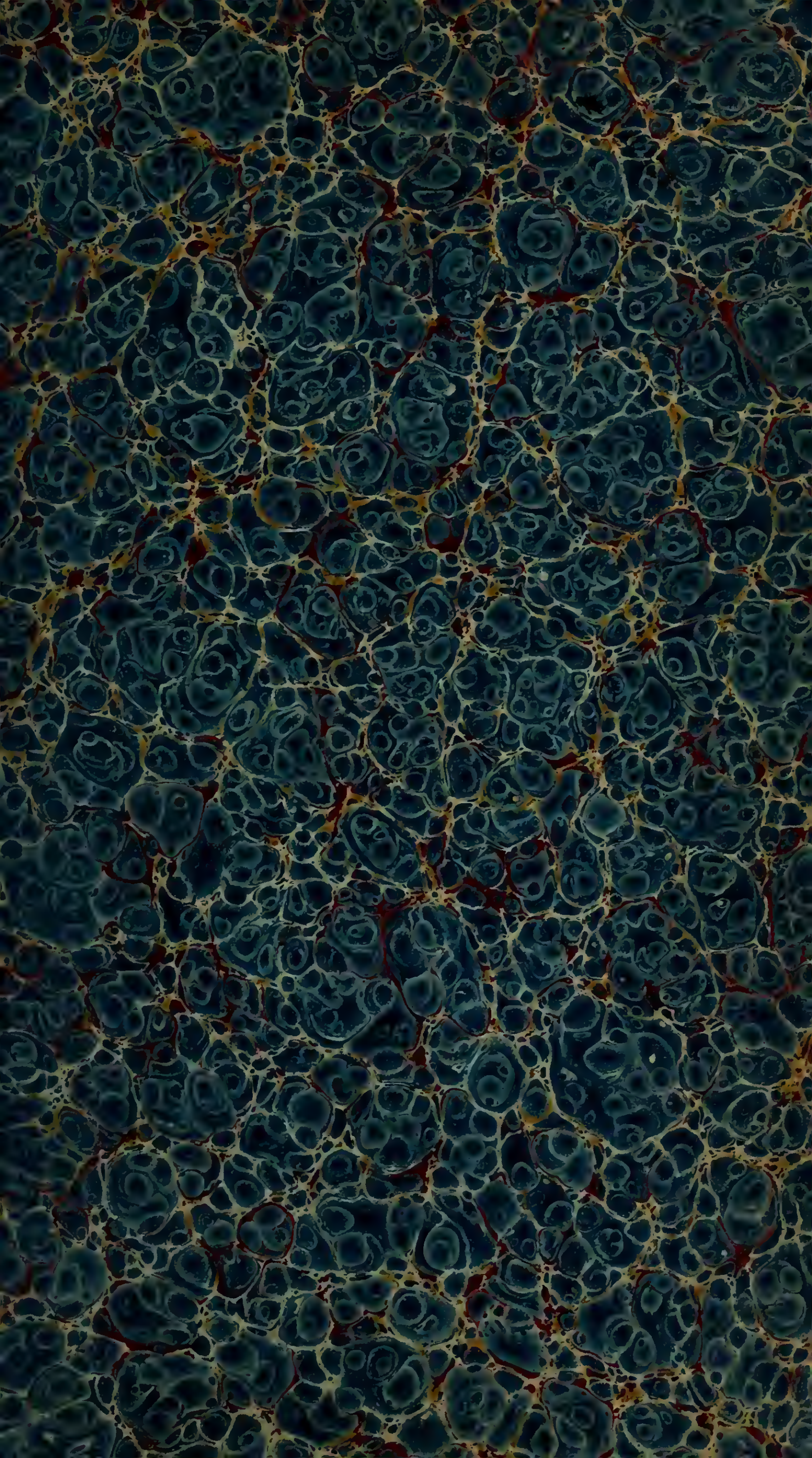



WHITEFORD & THEORET
LIBRAIRES-EDITEU
IMPORTATEURS & RELIEUR
DROIT ET JURISPRUDEN







COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL.

PARIS. TYPOGRAPHIE E. PLON, NOURRIT ET Cie
RUE GARANCIÈRE, 8.

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE CIVIL

PAR

A. M. DEMANTE,

AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
ANCIEN MEMBRE DES ASSEMBLÉES NATIONALES,

CONTINUÉ DEPUIS L'ARTICLE 980

PAR

E. COLMET DE SANTERRE,

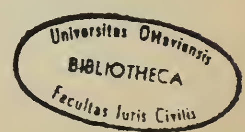
AVOCAT,
PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

TOME HUITIÈME

ART. 1832-2091 — 2219-2281

PARIS
LIBRAIRIE PLON
E. PLON, NOURRIT ET Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS
10, RUE GARANCIÈRE

1884



SOMMAIRES.

LIVRE III.

TITRE IX.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

(1) Les paragraphes imprimés en gros caractères sont la reproduction du *Programme du cours de Droit civil de* M. Demante ; les paragraphes portant les nos *bis* sont l'œuvre de M. Colmet de Santerre.

SECTION I.

Des sociétés universelles.

SECTION II.

De la société particulière.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION I.

Des engagements des associés entre eux.

§ 1er.

Du commencement et de la durée de la société.

§ 2.

Des obligations de chaque associé envers la société.

§ 3.

Des obligations de la société envers chaque associé.

§ 4.

Des parts des associés dans les gains et les pertes de la société.

§ 5.

De l'administration de la société et des pouvoirs de chaque associé.

SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers.

CHAPITRE IV

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

TITRE X.

DU PRÊT.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

SECTION 1re.

De la nature du prêt à usage.

SECTION II.

Des engagements de l'emprunteur.

SECTION III.

Des engagements de celui qui prête à usage.

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

SECTION Ire.

De la nature du prêt de consommation.

SECTION II.

Des obligations du prêteur.

SECTION III.

Des engagements de l'emprunteur.

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

SECTION II.

Du dépôt volontaire.

SECTION III.

Des obligations du dépositaire.

§ 1.

De l'obligation de garder la chose.

§ 2.

De l'obligation de restituer.

§ 3.

Dispositions communes aux deux obligations du dépositaire.

SECTION IV.

Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait.

SECTION V.

Du dépôt nécessaire.

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

SECTION Ire.

Des diverses espèces de séquestres.

SECTION II.

Du séquestre conventionnel.

SECTION III.

Du séquestre ou dépôt judiciaire.

TITRE XII.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

SECTION 1re.

Des conditions requises pour la validité du contrat.

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

TITRE XIII.

DU MANDAT.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

CHAPITRE IV.

COMMENT FINIT LE MANDAT.

TITRE XIV.

DU CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION 1re.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

TITRE XV.

DES TRANSACTIONS.

TITRE XVI.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

TITRE XVII.

DU NANTISSEMENT.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

SECTION Ire.

Du droit de gage.

SECTION II.

Des obligations qui naissent du contrat du gage.

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES.

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

TITRE XX.

DE LA PRESCRIPTION [1].

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

[1] Les titres XVIII et XIX sont l'objet du tome IX.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION.

CHAPITRE III.

DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION.

CHAPITRE IV.

DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION.

SECTION Ire.

Des causes qui interrompent la prescription.

SECTION II.

Des causes qui suspendent le cours de la prescription.

CHAPITRE V.

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE.

SECTION Ire.

Dispositions générales.

SECTION II.

De la prescription trentenaire.

SECTION III.

De la prescription de dix et vingt ans.

SECTION IV.

De quelques prescriptions particulières.

FIN DES SOMMAIRES.

COURS

ANALYTIQUE

DE CODE CIVIL.

LIVRE III.

TITRE NEUVIÈME.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1. La société, comme les trois contrats précédents, est un contrat consensuel, synallagmatique et commutatif; chacune des parties s'y oblige à une mise en commun dans la vue d'un bénéfice à partager. V. art. 1832.

2. Le contrat serait absolument nul si le profit espéré et les moyens de se le procurer n'étaient honnêtes : il est clair qu'alors il y aurait obligation sur cause illicite. Le contrat ne serait plus commutatif, et cesserait par là même d'être une société, s'il n'avait lieu dans l'intérêt commun, et si chacun n'y apportait quelque chose. Ainsi trois conditions sont essentielles : un objet licite, un intérêt commun et un apport réciproque. On tient généralement que cet apport, qui sert à fixer la part de chacun dans les bénéfices, doit consister en choses appréciables; mais il n'importe que ce soit de l'argent, des biens en nature, ou la simple industrie. V. art. 1833.

2 *bis*. I. Les conditions essentielles du contrat de société apparaissent à la lecture des deux articles 1832 et 1833. Elles sont au nombre de quatre : 1° le consentement; 2° l'apport de chaque contractant, ce quelque chose que les parties mettent en commun d'après l'article 1832; 3° un objet licite; 4° une utilité commune.

2 *bis*. II. Rien à dire sur le consentement, si ce n'est à renvoyer aux règles générales du Code, qui sont exposées au titre des Contrats, en rappelant que le consentement doit émaner de personnes capables et n'être infecté d'aucun vice.

2 *bis*. III. L'apport, c'est la mise de chaque associé, le contingent de chacun dans la société. Tout ce qui peut être l'objet d'une convention peut être apporté : de l'argent, des marchandises, des créances, des droits de propriété littéraire ou industrielle, la clientèle d'un fonds de commerce; l'industrie, c'est-à-dire le travail personnel de la partie, travail manuel ou intellectuel; le crédit commercial même, c'est-à-dire la réputation de solvabilité et de régularité qui inspire confiance aux tiers et qui peut être très-utile à des associés encore inconnus du public avec qui la société doit entrer en relation d'affaires.

2 *bis*. IV. Chaque associé doit faire un apport, art. 1833 *in fine*. La société ne saurait exister sans cet apport de tous, elle cesserait en effet d'être un contrat à titre onéreux par rapport à l'associé qui n'apporte rien, elle serait une donation, et serait soumise aux règles qui régissent les actes à titre gratuit : règles sur la forme (art. 931), sur le rapport (art. 843), sur la réduction (art. 920), sur la capacite de donner et de recevoir (art. 911), etc.

2 *bis*. V. La loi entend par objet de la société, la série des opérations que les associés ont l'intention de faire pour réaliser des bénéfices. Ces opérations doivent être licites, c'est la règle générale en matière de convention. Les Romains disaient : *Nulla societas maleficiorum;* mais il est certain qu'on verra rarement une convention revêtant les apparences et aspirant aux effets d'un acte régulier, qui aura pour objet de commettre des crimes ou des délits. Il est au contraire certains faits interdits par les lois qui ne sont pas condamnés par les principes fondamentaux de la morale, et c'est en vue de ces faits qu'il est nécessaire d'insister sur la règle que nous étudions. Ainsi, il est interdit de mettre en société des offices publics, à l'exception des offices d'agent de change.

A plus forte raison considérons-nous comme prohibée toute

société qui avait pour objet l'organisation de la contrebande, alors même qu'il s'agirait uniquement de porter préjudice à des douanes étrangères.

2 *bis*. VI. La nullité de la société qui a un objet illicite a pour conséquence que chaque associé peut refuser d'effectuer son apport, ou peut en exiger la restitution s'il l'a opéré, car cet apport a été effectué *sine causa*. Nous n'admettons pas que cette demande en restitution de l'apport puisse être repoussée parce qu'elle s'appuie sur le caractère illicite de l'opération faite par le demandeur (1), mais nous pensons que ce caractère illicite de la société aura pour conséquence de faire obstacle à toute demande en partage des bénéfices, ou en répartition des pertes. Celui des associés qui voudrait réclamer d'un autre une part des bénéfices encaissés par celui-ci, ne pourrait justifier son droit qu'en se fondant sur la convention sociale qui est nulle, et il en serait de même de l'associé qui prétendrait faire supporter à l'autre une part des pertes par lui subies. Nous ne ferons pas de différence, en ce qui concerne les pertes, entre le cas où la répartition des pertes serait demandée par voie d'action et celui où elle se présenterait sous forme d'exception. *Exemple :* l'associé redemande son apport, le défendeur détenteur de l'apport voudrait déduire de cet apport une part des pertes ; la situation est toujours la même, il invoque la convention de société qui est nulle, il ne peut y trouver le principe d'une créance, et s'il n'est pas créancier, il ne peut pas refuser de restituer intégralement la valeur appartenant à autrui et qu'il détient sans cause légitime (2).

2 *bis*. VII. Le but de la société doit être une utilité commune, ou, comme dit l'article 1832, un bénéfice à partager entre les associés.

La loi n'ajoute pas dans sa définition que le but serait de subir en commun les pertes ; en effet, les pertes sont des accidents qu'il faut bien prévoir, mais la société n'est pas formée en vue des pertes.

Ajoutons que la répartition des pertes entre tous les associés n'est pas de l'essence de la société ; on verra, il est vrai, dans l'article 1855 que l'on ne peut pas affranchir des pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés, mais il résulte de cette formule que celui qui aurait fait son apport autrement qu'en sommes et effets, c'est-à-dire en

(1) V. t. V, n° 49 *bis*. IV.
(2) V. cependant Aubry et Rau, t. III, p. 398. Edit. 1856.

industrie, pourrait être dispensé par la convention de la contribution aux pertes.

Le partage des bénéfices est au contraire de l'essence du contrat, et l'article 1155 annule la convention qui donne à l'un des associés la totalité du bénéfice. C'est la société qu'on appelle *Léonine*.

2 *bis*. VIII. Les bénéfices doivent être pécuniaires ou appréciables en argent; il ne suffirait pas qu'ils consistassent en un certain agrément dans les relations de la vie, comme celui qu'on trouverait dans le fait d'occuper le même logement et de s'asseoir quotidiennement à la même table; ou dans certaines jouissances intellectuelles, comme l'usage commun d'une bibliothèque ou d'une galerie de tableaux.

2 *bis*. IX. Les bénéfices doivent provenir de la communauté des apports (art. 1832 *in fine*). Ainsi, on ne verrait pas une société dans le contrat par lequel deux personnes constitueraient un fonds de 10,000 francs composé de deux mises de 5,000 francs pour jouir chacune à son tour des 10,000 francs pendant un temps déterminé, faisant chacune des opérations avec la somme pendant son temps de jouissance, et gardant tout entiers les profits résultant de ces opérations.

De même on ne considère pas comme sociétés les *tontines,* ou associations de rentiers, qui conviennent que les parts des prémourants profiteront aux survivants. Le profit advenant aux survivants ne provient pas de la mise en commun, la réunion des mises n'est pas une cause d'augmentation de fonds commun, ce fonds reste le même, sa répartition seule varie au hasard des événements.

3. Le contrat de société est, comme on l'a dit, purement consensuel, mais il est d'ailleurs soumis aux règles ordinaires sur l'admission à la preuve testimoniale. Ici donc, comme partout, s'applique l'obligation de passer acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs : la société conséquemment doit être rédigée par écrit lorsque son *objet* est d'une valeur supérieure à cette somme. Ici s'applique également la défense de recevoir aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis. V. art. 1834; et remarquez que cet

article ne fait que reproduire, en les appliquant au contrat de société, les dispositions générales de l'article 1341. Peut-être cette reproduction, au moins en ce qui concerne la disposition principale, a-t-elle été jugée utile pour exclure positivement l'usage des sociétés *taisibles*, admises dans certaines coutumes; peut-être aussi a-t-on voulu marquer une différence entre les sociétés ordinaires et les sociétés commerciales, qui doivent toujours être constatées par actes (C. comm., art. 39 et 40).

3 *bis*. I. Les sociétés taisibles dont parle M. DEMANTE étaient des sociétés tacites qui se formaient par le fait d'une vie en commun entre plusieurs personnes et d'où résultait une mise en commun à titre universel d'une partie des biens des associés. La coutume de Troyes disait : « Vivant ensemble à un commun pot, sel et dépense, « en mélange de biens par an et jour, ils sont réputés unis et com- « muns en biens meubles et conquêts, s'il n'appert du contraire. » On discutait déjà dans l'ancien droit sur la validité de ces contrats tacites dans les provinces où la coutume ne les avait pas autorisés expressément. Pothier invoquait contre elles l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 54), qui ordonnait que toute convention dont l'objet excéderait cent livres fût rédigée par écrit, et il invoquait un article de l'ancienne coutume d'Orléans, rédigée en 1509 et par conséquent antérieure à l'ordonnance de Moulins, qui disait : « Société ne se contracte entre aucuns qu'ils ne soient conjoints par mariage, sinon qu'il y ait entre eux convention expresse. » Les rapports faits au nom du Tribunat montrent clairement que le Code civil a voulu abolir cette institution partout où elle était encore en vigueur (1).

3 *bis*. II. C'est donc un renvoi aux règles générales sur les preuves qui est contenu dans l'article 1834; par conséquent il ne suffit pas d'appliquer aux sociétés la disposition de l'article 1341, mais il faut aussi les soumettre aux autres dispositions qui complètent la théorie en restreignant l'application de la règle dans des limites raisonnables. Il faudra donc permettre la preuve testimoniale quand il existera un commencement de preuve par écrit (art. 1347) et quand il aura été impossible de se procurer une preuve écrite, surtout

(1) Voir Pothier, *Du contrat de société*, n° 79.

quand la preuve écrite aura été perdue par cas fortuit. (Art. 1348.)

3 *bis*. III. L'objet de la société dont la valeur est à considérer quand il s'agit de savoir si une preuve écrite est nécessaire, c'est le montant des apports réunis.

Il n'y a pas à tenir compte de la valeur du fonds social au moment où une contestation s'élève; si les associés ont mis en commun de modiques valeurs ne dépassant pas 150 francs, ils n'avaient pas à rédiger un écrit, car les frais de cet écrit eussent peut-être été hors de proportion avec les sommes dont il s'agissait de constater l'apport. Qu'importe que plus tard, par le travail et l'économie des associés ou par une chance heureuse, le fonds social soit devenu considérable? Les associés n'étaient point en faute lors de la formation du contrat, et les rigueurs de l'article 1341 ne s'adressent qu'à des contractants qui ont commis une faute (1).

Nous venons de dire qu'il faut tenir compte du montant des apports réunis. L'intérêt engagé en vue duquel un acte est rédigé est en effet un intérêt collectif. C'est le fonds social, composé des apports, qui se trouve grevé des frais de rédaction de l'écrit; dès lors il importe peu que chaque associé fasse un apport ne dépassant pas 150 francs si l'ensemble des apports constitue un total supérieur à ce chiffre (2).

L'apport peut consister en industrie, et sa valeur n'apparaît pas aussi facilement que lorsqu'il consiste en argent, ou même en immeubles ou en meubles corporels. Le juge aura alors un pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce que valait en argent, au moment du contrat, l'apport en industrie (3).

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

4. La société peut comprendre l'universalité, soit des biens des associés, soit de leurs gains et économies; elle peut

(1) V. t. V, n° 315 *bis*. X, XI et XII, où se trouve discutée en détail la question que nous agitons.
(2) V. t. V, n° 315 *bis*. XIII.
(3) V. t. V, n° 315 *bis*. XIV.

comprendre seulement un ou plusieurs objets, ou s'appliquer à une entreprise déterminée : sous ce rapport les sociétés sont universelles ou particulières. (V. art. 1835.)

SECTION I.

Des sociétés universelles.

5. Les Romains distinguaient deux sortes de sociétés universelles : la société *universorum bonorum*, et la société *omnium quæ ex quæstu veniunt*. La première comprenait tous les biens présents et à venir, de quelque cause qu'ils pussent procéder; la seconde se bornait à ce que les associés acquéraient pendant la société, à quelque titre de commerce. Notre ancien droit français admettait ces deux espèces de sociétés universelles; les coutumes avaient même étendu la société de gains, en y comprenant les meubles que les associés possédaient au jour du contrat.

Notre législateur a été frappé des inconvénients que présentent les sociétés universelles ; il a craint les fraudes qu'elles peuvent couvrir et les surprises qu'elles peuvent entraîner. Toutefois, ces inconvénients étant surtout à craindre dans la mise en commun des biens à venir, ils n'ont pas empêché d'admettre la société de tous biens présents, et la société universelle de gains. V. art. 1836.

5 *bis*. Le Code permet aussi une troisième espèce de société universelle, qui est la réunion des deux sociétés autorisées par l'article 1836, c'est la société de biens présents et de gains (art. 1837, deuxième alinéa).

Quand la société universelle a été contractée sans autre explication, le Code interprète la convention dans son sens le moins grave, au point de vue du dépouillement qu'elle produit pour chaque associé; elle ne donne naissance qu'à la société universelle de gains. (Art. 1839.)

6. Qui dit tous les biens présents dit évidemment tous les biens meubles et immeubles qui appartiennent aux associés

au jour du contrat. Mettre ces biens en commun, c'est y mettre par là même tous les profits qu'on en pourra tirer, par échange, usage ou perception de fruits. Toute autre espèce de gains, *puta* les traitements, salaires ou honoraires, ne sont pas de plein droit compris dans cette société; mais la loi permet aux parties de les y comprendre. Au nombre de ces gains se place naturellement la jouissance des biens qui peuvent advenir par succession, donation ou legs. Quant à ces biens eux-mêmes, la loi défend de les faire entrer dans une société ordinaire; mais la faveur dont jouit l'association conjugale permet de les comprendre dans la communauté. (V. art. 1837, et à ce sujet art. 1401, 1505, 1526.)

7. La société universelle de gains renferme tout ce qui s'acquiert par l'industrie, par conséquent tous les produits du travail et de l'économie. Il est tout simple, d'après cette vue, qu'elle comprenne la jouissance de tous les biens présents et à venir. Bien plus, la loi, comme les anciennes coutumes, y fait entrer la propriété des meubles présents. Quant aux immeubles autres que les *conquêts*, la propriété en reste à chaque associé en particulier. (V. art. 1838.)

7 *bis*. I. Quand la société est purement la société universelle des biens présents, sa composition n'est pas difficile à déterminer; elle comprend tous les biens meubles et immeubles qui appartiennent aux associés lors du contrat, et elle ne comprend que cela; car les profits à tirer de ces biens reviennent tout naturellement à la société. La loi n'avait pas besoin de s'exprimer sur ce point, c'est la conséquence nécessaire de la mise des biens en société, et l'on ne pourrait pas comprendre quelle utilité aurait pour la société la mise en commun de biens dont elle ne retirerait pas les profits.

7 *bis*. II. La société universelle de gains comprend trois groupes de choses : 1° les biens que les parties acquerront par leur industrie pendant le cours de la société; 2° les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat; 3° la jouissance des immeubles personnels.

1° Les expressions dont la loi se sert pour paraphraser le mot gains tendent à exclure d'abord ce qui adviendrait à l'associé par un simple hasard, *prospera fortuna*, par exemple la part d'un trésor attribuée

à l'inventeur, et secondement tout ce qui serait acquis avec des deniers propres ou en échange d'un bien propre.

2° Les meubles présents paraîtraient devoir être exclus d'une société de gains; ils n'y sont compris qu'en vertu d'une tradition qui nous vient du droit coutumier (1) et qui se justifiait autrefois par le peu d'importance que les coutumes accordaient aux biens mobiliers. La règle s'explique mieux aujourd'hui par la nécessité de constituer à la charge de tous les associés le premier fonds social, et par l'embarras que pourrait causer aux parties la confection d'un inventaire pour réserver les droits de chacun sur le mobilier qu'il a au moment de la formation du contrat de société.

3° Si les revenus des immeubles restaient propres, le but de la société ne serait pas atteint la plupart du temps, parce que les associés ne trouveraient nulle part des valeurs sur lesquelles ils pussent faire des économies pour créer un fonds social. A cette considération se joint celle-ci : faire fructifier des immeubles, les rendre productifs, c'est un acte de l'activité humaine, par conséquent un acte d'industrie, et sous ce rapport on peut dire que la règle sur les fruits se confond avec celle qui place dans la société tous les biens que les parties acquerront par leur industrie.

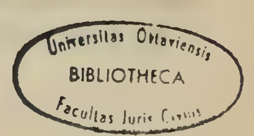
7 *bis*. III. La troisième, espèce de société universelle, est la réunion des deux autres, elle comprend les biens présents, meubles et immeubles, les biens acquis par l'industrie et la jouissance des biens personnels, qui ne peuvent être en ce cas que les biens acquis pendant la société à titre de donation ou de succession. C'est de cette société que parle le deuxième alinéa de l'article 1837.

8. La loi ne s'est pas expliquée sur le passif des sociétés universelles, soit de tous biens présents, soit de gains seulement. C'est dans les principes généraux qu'il faut chercher les règles à cet égard.

9. Il est évident d'abord que toutes les dettes existant au jour du contrat sont de plein droit à la charge de la société de tous biens présents.

10. Il n'est pas moins clair que tout ou partie des dettes actuelles doit tomber à la charge de la société universelle de gains, dans laquelle entre le mobilier présent.

(1) V. Pothier, *Du contrat de société*, n° 44.



10 *bis*. La société de gains comprend tous les meubles dans son actif, il est donc naturel qu'elle soit grevée d'une part correspondante du passif. On pourrait, à l'exemple de Pothier, appliquer ici la même règle qu'en matière de communauté entre époux, et mettre toutes les dettes mobilières à la charge de la société. Mais nous savons que cette attribution, qui paraît contre-balancer équitablement l'attribution du mobilier actif, n'est pas aujourd'hui aussi acceptable que dans l'ancien droit, parce qu'il n'y a plus, en quelque sorte, de dettes immobilières, ce qui fait que la société, ne profitant que d'une partie de l'actif, supporterait cependant toutes les dettes. Mieux vaut suivre, dans le silence de la loi, la règle qui régit le passif des successions échues à des époux communs en biens; diviser le passif dans la même proportion que l'actif et mettre à la charge de la société une part de dettes correspondant à la valeur du mobilier qu'elle acquiert comparée à celle des immeubles qui restent propres.

11. A l'égard des charges futures, et notamment des dettes qui seront contractées pendant la durée de l'association universelle de l'une ou de l'autre espèce, il est naturel que la société en soit ou non tenue, suivant qu'elles seront ou non relatives aux biens qui lui appartiennent et aux profits qui tombent dans son actif.

12. Ainsi la société de tous biens présents sera évidemment tenue des charges, telles que grosses réparations, qui pourront survenir relativement aux biens présents. Elle supportera également les charges de fruits, telles que contributions, réparations d'entretien, qui grèveront la jouissance des mêmes biens.

Si elle comprend toute espèce de gains, elle supportera sans distinction toute charge de fruits, et sous ce nom il faudra comprendre les dépenses d'entretien, nourriture, éducation des associés et de leur famille.

Quant aux dettes de capitaux, la société, soit qu'elle comprenne ou non toute espèce de gains, devra les supporter, quand elles auront été valablement contractées pour lui procurer un profit; elle en sera tenue *de in rem verso* lorsqu'elles auront été contractées sans pouvoirs suffisants.

13. Il est facile maintenant de faire à la société universelle

de gains l'application de ce que l'on a dit de la société de tous biens présents, en ce qui concerne les dettes ou charges futures. Ici, évidemment, comme dans tous les cas où elle embrasse tous les gains, la société doit supporter toutes les charges de fruits. Mais, comme au cas dont il s'agit elle se borne à ces gains, elle n'est nullement tenue des charges relatives à la propriété des biens, soit présents, soit futurs, autres que conquêts. Du reste, elle est tenue, *in solidum* ou *de in rem verso*, des dettes contractées pendant sa durée, suivant la distinction ci-dessus indiquée; enfin pour juger si les dettes contractées sont ou non relatives à ses affaires, les principes sont nécessairement les mêmes que dans la société de tous biens présents comprenant tous les gains.

13 *bis*. La société universelle qui comprend les gains, qu'il s'agisse soit de la société de biens présents et de gains, soit de la pure société de gains, ne doit pas être tenue de supporter les dettes résultant d'un délit commis par un associé parce que le contrat de société ne peut pas contenir un mandat de commettre des délits; il faudra seulement reconnaître que si le délit a procuré à son auteur un bénéfice dont la société a profité, la société sera tenue à la réparation envers la victime du délit, mais dans les limites de ce dont elle s'est enrichie.

14. Les sociétés universelles, quoique permises, ne sont pas vues par la loi d'un œil favorable. Toutefois la défaveur est moindre pour la société de gains, qui laisse à chaque associé la propriété de ses immeubles : aussi, à défaut d'explication, la convention de société universelle s'entend-elle d'une simple société de gains. V. art. 1839.

15. Au reste, les sociétés universelles de l'une ou de l'autre espèce pouvant toujours couvrir aisément des avantages indirects, la loi ne les autorise qu'entre personnes non-seulement capables l'une envers l'autre de faire et de recevoir des donations, mais *auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*. V. 1840.

15 *bis*. L'article 1840 interdit certainement le contrat de société universelle entre personnes atteintes d'une des incapacités relatives

de donner et de recevoir (art. 907-909), mais là se borne la disposition de la loi. Ce serait l'exagérer que d'interdire le contrat de société universelle quand l'une des parties a des héritiers à réserve; outre que les travaux préparatoires indiquent chez les auteurs de la loi une pensée contraire, il faut reconnaître que le texte n'impose pas cette solution, car on ne peut pas dire que celui qui a des héritiers à réserve ne peut pas avantager un étranger, puisqu'il a toujours une portion disponible et que l'attribution de cette partie de biens peut constituer un avantage sérieux et légitime en faveur d'un donataire.

SECTION II.

De la société particulière.

16. La société particulière est celle qui n'a pour objet que des choses déterminées.

Cet objet peut consister dans certains biens que l'on met en commun, soit quant à la propriété, soit seulement quant à l'usage ou à la jouissance. V. art. 1841.

Il peut également consister dans une entreprise à exécuter en commun, ou dans l'exercice en commun d'un métier ou d'une profession. V. art. 1842.

16 *bis.* La définition contenue dans l'article 1842 embrasse les sociétés commerciales; celles-ci sont les plus nombreuses, nous n'avons pas à nous occuper, mais la société civile existe cependant, car on peut concevoir que plusieurs personnes mettent des biens en commun pour en retirer des bénéfices sans cependant se livrer à des opérations commerciales. *Exemples :* Plusieurs cultivateurs prennent ensemble une ferme à bail, pour l'exploiter; des auteurs s'unissent pour publier à frais communs un ouvrage, des professeurs pour donner un enseignement commun; enfin des capitalistes s'associent pour l'exploitation d'une mine (loi du 21 avril 1810, art. 32).

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION I.

Des engagements des associés entre eux.

17. Les règles contenues dans cette section concernent :

1° Le commencement et la durée de la société (art. 1843, 1845);

2° Les obligations de chaque associé envers *la société* (art. 1845-1850);

3° Celles de *la société* envers chaque associé (art. 1851, 1852) (1);

4° La détermination des parts (art. 1853-1855);

5° Enfin, l'administration de la société, et les pouvoirs de chaque associé, relativement aux affaires communes (articles 1856-1861).

(1) C'est figurément, et pour rendre plus sensible l'expression des rapports des associés entre eux, que je personnifie ici la société, en la présentant comme créancière ou débitrice de chaque associé. Du reste, je n'admets pas la théorie nouvelle qui considère toute société comme une véritable personne civile distincte de la personne des associés. Ce système, qui entraîne les plus graves conséquences particulièrement sous le rapport du privilège qu'il constitue, en faveur des créanciers de la société, sur les biens composant le fonds social, n'est nullement fondé sur les anciens principes; et dès lors je ne pourrais l'admettre qu'autant que je lui trouverais une base dans la loi. Cette base, je la trouve pour les sociétés commerciales, autres que l'association en participation, dans l'article 529 du Code civil, et dans les articles 26, 30, 39-45 du Code de commerce; v. aussi C. Pr., art. 69-6°. Mais rien n'autorise à étendre cette idée aux cas si multipliés de société civile et d'association en participation. Bien plus, on ne pourrait le faire sans enlever toute application directe à la définition légale de la société. V. art. 1832; v. à ce sujet art. 1849, 1859-1°. On sent, au surplus, combien il serait exorbitant, et surtout combien il serait dangereux, d'attribuer à la simple volonté des associés la puissance de faire ainsi naître et mourir une personne nouvelle, dont rien ne révélerait l'existence aux tiers, et qu'ils se donneraient temporairement pour successeur à certains biens, à l'effet de lui succéder ensuite. (Note de M. Demante.)

§ I.

Du commencement et de la durée de la société.

18. Formée par la volonté des parties, c'est naturellement dans cette volonté que la société doit trouver la règle de son commencement et de sa durée.

19. A moins d'une clause contraire, la loi suppose que la volonté commune a été de la faire commencer immédiatement. V. art. 1843.

20. Quant à la durée, si elle n'est pas limitée soit par un terme fixe, soit par le genre même de l'affaire pour laquelle la société est contractée, elle embrasse toute la vie des associés, sans préjudice du droit qui reste à chacun de renoncer auparavant, sous les conditions que la loi détermine. V. art. 1844, et à ce sujet article 1869.

§ II.

Des obligations de chaque associé envers la société.

21. Chaque associé est obligé envers la société :

1° A fournir son apport (art. 1845, 1846, 1847) ;

2° A tenir compte de ce qu'il percevrait du fonds commun, et même à communiquer les profits qu'il se procurerait en préférant son propre intérêt à celui de la société (art. 1846-1849) ;

3° A indemniser la société du tort qu'il lui causerait par sa faute (art. 1850).

21 *bis*. Nous ne préjugeons rien sur ce que nous déciderons plus tard relativement à la personnalité de la société civile, quand nous disons que l'associé est débiteur envers la société. Si l'on n'admet pas que la société soit en personne, il n'y a là qu'une forme de langage; comme celle que la loi emploie si souvent quand elle parle de la communauté entre époux qui n'est pas, selon nous, une personne distincte (1). Dire qu'une dette existe envers la société,

(1) V. t. VI, n° 18 *bis*. X.

c'est dire simplement qu'elle existe envers l'ensemble des associés, et que son objet est destiné à grossir le fonds commun.

22. A l'égard de l'apport, il suffit de dire que l'associé en est débiteur, pour amener l'application des principes généraux qui règlent l'effet des obligations de donner ou de faire (art. 1136-1145). V. art. 1845, al. 1.

23. Si l'apport consiste en un corps certain, il est conforme à la nature du contrat commutatif que l'associé soit, comme un vendeur, garant de l'éviction. V. art. 1845, al. 2.

23 *bis*. I. L'assimilation de l'associé qui a promis un corps certain à un vendeur n'est exacte qu'autant que l'apport doit consister dans la propriété du corps certain ou dans un droit réel de jouissance sur cet objet; mais la convention des parties sainement interprétée conduit à traiter l'associé comme un bailleur quand il a promis seulement de faire jouir la société d'un certain objet, par exemple d'un immeuble.

L'observation n'est pas sans intérêt, d'abord au point de vue des risques, c'est un point qui sera traité sur l'article 1867; ensuite, au point de vue des charges de fruits, comme les réparations usufructuaires. Si l'associé est considéré comme un vendeur, il n'est pas tenu de réparer la chose sur laquelle il a vendu le droit réel de jouissance; s'il est bailleur, il doit entretenir la chose en bon état. On a cependant objecté qu'il ne pouvait pas sous ce rapport être assimilé à un bailleur qui perçoit des loyers et qui sur ces loyers peut prélever le montant des réparations; à cette objection on répond victorieusement que si l'associé ne perçoit pas des loyers d'une façon apparente et distincte, au fond il recueille un bénéfice en échange de la jouissance qu'il procure, c'est sa part dans les bénéfices sociaux accrus nécessairement par la jouissance même que l'associé procure à la société.

23 *bis*. II. Pour compléter l'assimilation entre l'associé et le vendeur ou le bailleur, nous ajouterons que cet associé devra la garantie des défauts cachés de la chose qu'il avait apportée (art. 1641 et 1721).

24. Si l'apport consiste en argent, la loi, toujours eu égard à la nature de ce contrat, essentiellement commutatif, consacre ici deux dérogations aux règles ordinaires : 1° les inté-

rêts courent de plein droit, par conséquent sans demande, ajoutons et sans sommation, du jour de l'échéance; 2° leur prestation ne dispense pas de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Les mêmes motifs et les mêmes décisions s'appliquent au cas où l'associé aurait tiré des sommes de la caisse sociale pour son profit particulier : cas compris du reste dans l'obligation générale de tenir compte à la société de tout ce qui se perçoit du fonds commun. V. art. 1846; v. à ce sujet art. 1153, et remarquez que la faculté d'obtenir d'autres dommages-intérêts en sus de l'intérêt légal est bornée par ce dernier article aux cas de commerce et de cautionnement.

24 *bis*. I. L'article 1846 contient une double exception à l'article 1153 : les intérêts sont dus de plein droit, de plus la société peut obtenir des dommages et intérêts dépassant l'intérêt légal aussi bien dans le cas de retard que dans la seconde hypothèse prévue, c'est-à-dire quand l'associé s'est servi de sommes qu'il a tirées de la caisse sociale.

Cette double exception s'applique aussi bien en matière de société civile qu'en matière de société commerciale. Il est vrai qu'en ce qui concerne les dommages et intérêts, l'article 1153 n'annonce d'exception à sa règle qu'en matière de commerce ou de cautionnement. Mais ce n'est pas une raison pour restreindre l'application de l'article 1846. Une règle générale peut toujours subir une dérogation en vertu d'une disposition spéciale; l'article 1153 a prévu deux dérogations, l'une qui a trait au cas de rechange, l'autre au cas de fidéjussion; le législateur en a plus tard introduit une troisième; il n'y a rien là que de très-normal et de très-ordinaire.

24 *bis*. II. Une exception cependant ne doit pas en faire présumer une autre. Il existe une règle sur les dommages et intérêts lorsque l'obligation n'a pas pour objet une somme d'argent, elle ne se trouve pas dans l'article 1153, mais dans l'article 1146. La mise en demeure est nécessaire pour que les dommages et intérêts soient dus, cette règle n'est pas atteinte par l'article 1846 qui suppose une dette de somme d'argent; il faudra donc, pour les apports qui ne consistent pas en argent, rentrer dans la règle générale du titre des obligations.

25. Il est clair que la double obligation, de réaliser l'apport promis, et de tenir compte de tout ce qui est perçu du fonds commun, emporte, pour l'associé qui a promis son industrie, celle de compter de tous les gains provenant de l'espèce d'industrie que les contractants ont eue en vue. V. art. 1847.

26. Tout ce qu'un des associés reçoit d'un débiteur de la société n'est pas par cela même et nécessairement perçu du fonds commun. L'associé en effet peut être, pour son propre compte, créancier du même débiteur à un autre titre; en outre, l'associé a dans la créance même de la société une part personnelle essentiellement divise. Mais la bonne foi ne permet pas à l'associé de préférer son intérêt à celui de ses associés, en se faisant payer, soit de sa créance personnelle, soit de sa part dans la créance sociale, et laissant les autres exposés aux retards, et surtout au risque de l'insolvabilité du débiteur.

27. Si donc un associé, créancier pour son propre compte d'un débiteur social, reçoit de lui une somme qui, d'après les principes généraux, pouvait également s'imputer sur l'une ou sur l'autre des créances, supposées toutes deux exigibles (v. art. 1256, al. 1), non-seulement la loi, à défaut d'explication, l'imputera proportionnellement sur toutes deux, mais elle n'aura aucun égard à l'imputation que l'associé aurait exclusivement dirigée sur la sienne. Bien entendu, au contraire, que l'associé pouvant préférer l'intérêt des autres au sien propre, l'imputation qu'il ferait sur la créance de la société devrait être suivie. V. art. 1848; et remarquez que notre article ne déroge pourtant pas à la faculté accordée au débiteur par l'article 1253.

27 *bis*. I. En appliquant au cas d'imputation des paiements la règle que l'associé doit veiller aux intérêts sociaux comme aux siens propres, l'article 1848 semble faire subir une dérogation aux principes posés par le titre des obligations dans la section qui traite de l'imputation des paiements. Il n'en est rien toutefois; si, tenant compte du motif de l'article 1848, on restreint cet article dans des limites raisonnables, on arrive à respecter à la fois l'article 1848 et les articles 1253-1256.

27 *bis*. II. Ainsi, il n'est pas possible d'admettre que le débiteur soit privé du droit de déclarer quelle dette il entend acquitter, à raison de ce fait qu'il a pour créanciers l'associé et la société. La règle sur les devoirs des associés les uns envers les autres ne peut avoir aucune influence sur la situation du débiteur, il faut donc réserver l'application de l'article 1253. Le débiteur pourra déclarer quelle dette il entend acquitter. Il est vrai que peut-être il fera cette déclaration sous l'influence de l'associé son créancier, et qu'alors on arrive à éluder l'article 1848. Mais, outre que cette entente cordiale entre un créancier et son débiteur n'est pas très-ordinaire, nous dirons que, si l'intention frauduleuse apparaît, les tribunaux auront toujours le droit de réprimer la fraude. Mais la possibilité de cette fraude un peu rare ne suffit pas pour annuler préventivement, et par une sorte de présomption, l'acte accompli par le débiteur en vertu d'un droit très-précieux pour lui et qui est consacré par un article du Code civil.

27 *bis*. III. Puisque nous réservons l'application de l'article 1253, *à fortiori* nous réserverons aussi l'effet de l'article 1256. Ici la fraude n'est plus même possible, l'imputation est légale, et elle se fait dans l'intérêt du débiteur. L'article attribue donc à celui-ci un droit dont il serait injuste de le dépouiller en raison des rapports qui existent entre ses deux créanciers.

La double réserve que nous venons de faire, quant aux articles 1253 et 1256, n'est pas condamnée par l'article 1848, car cette dernière disposition suppose que l'associé a dirigé l'imputation dans la quittance, ce qui nous place dans l'espèce régie par l'article 1255. C'est alors seulement, l'imputation ayant été indifférente au débiteur, qu'elle peut être faite sans injustice dans un autre sens que celui qui est indiqué par la quittance.

27 *bis*. IV. Mais dans le cas prévu par l'article 1848, il nous semble qu'il faut prendre sa décision à la lettre, et ne pas se contenter de dire qu'il s'agit de régler les rapports de l'associé avec la société; que la dette éteinte sera bien celle qui est désignée par la quittance; mais que l'associé devra tenir compte à la société de la somme par lui perçue, et établir un compte proportionnel entre sa créance et celle de la société. Ce n'est pas là ce que dit l'article 1848; il donne une règle d'imputation, c'est-à-dire une règle ayant ses effets par rapport au débiteur; par conséquent, il ne faudra pas traiter l'une des dettes comme existante et l'autre comme éteinte;

il faudra, pour appliquer l'article, les traiter toutes deux comme éteintes en partie par le paiement qui s'est réparti proportionnellement sur chacune d'elles (1).

28. Pareillement, ce qu'un des associés reçoit du débiteur social ne doit point s'imputer sur la part que cet associé avait dans la créance, mais appartient à la masse commune. Du moins la loi veut-elle que si l'insolvabilité du débiteur empêche ensuite les autres associés d'être payés intégralement, celui qui a reçu sa part entière fasse le rapport de ce qu'il a reçu, de manière que tous les associés soient traités également, c'est-à-dire que chacun reçoive un dividende proportionné à son intérêt. Cette règle s'applique au cas même où l'associé qui a reçu aurait spécialement donné quittance pour sa part. V. art. 1849; et à ce sujet *Ulp.*, L. 63, § 5, D. *pro soc.*; v. pourtant *Paul*, L. 38, D. *fam. ercisc.*

28 *bis*. I. La règle de l'article 1849 découle, comme celle de l'article précédent, de cette idée que l'associé doit veiller sur les affaires communes comme sur les siennes propres. Il encaisse sa part d'une créance commune: dans le système qui n'admet pas la personnalité de la société, il touche ce qui lui est dû, car la créance est divisée de plein droit, cependant il ne peut pas conserver ce qu'il a encaissé, parce que, ayant mandat de recevoir les parts de ses coassociés, il aurait dû exiger le paiement de ces parts, il a eu tort de ne songer qu'à lui-même, et il s'est placé dans la situation d'un associé qui recevrait un acompte pour la caisse sociale.

28 *bis*. II. L'hypothèse propre de l'article est celle où la part de dette est éteinte par un paiement, et il ne faut pas étendre sans distinction sa décision au cas de compensation. On a dit : la compensation produit ses effets de plein droit, et l'associé n'a pas manqué à son devoir lorsque s'est produit l'événement qui a éteint sa part de la créance. Ce raisonnement ne nous paraît acceptable qu'autant que la cause de compensation est antérieure à la naissance de la créance sociale, ou que, si elle est postérieure, l'associé est devenu débiteur du débiteur social par un fait indépendant de sa volonté, par exemple en devenant héritier d'un débiteur du

(1) V. t. V, n° 201 *bis*. V.

débiteur social. Si l'on n'admet pas ces réserves, il dépendra de l'associé de se rendre débiteur du débiteur social pour arriver par une compensation aux résultats qu'il ne peut pas atteindre par un paiement, c'est-à-dire à éluder l'article 1849 en sauvant sa part de la créance sociale sans se préoccuper de la part de son coassocié.

29. Chaque associé doit ses soins aux affaires communes; ce qui, d'une part, le rend responsable du tort provenant de sa faute, et, d'autre part, exclut la compensation entre les dommages qu'il aurait causés et les profits qu'il aurait procurés. V. art. 1850; et à ce sujet *Paul*, L. 25; *Ulp.*, L. 26, D. *pro soc.* Du reste, on peut tenir pour règle que les soins dus par l'associé sont en général ceux d'un bon père de famille (v. art. 1137), sans pouvoir jamais être moindres que ceux qu'il donne à ses propres affaires.

29 *bis*. I. Pothier disait, au numéro 124 du *Traité de la société* : On ne peut exiger de l'associé que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires; il justifiait cette décision par la raison qu'alléguaient les jurisconsultes romains : les associés doivent s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui (l. 72, D. *pro socio*). Cette doctrine ne saurait être admise sous l'empire du Code civil qui a donné, dans l'article 1137, une règle unique sur la responsabilité du débiteur. Le débiteur, quel que soit le contrat, doit apporter aux choses dont il est chargé tous les soins d'un bon père de famille.

C'est certainement pour rester fidèles à la théorie de l'article 1137 que les rédacteurs du Code civil, qui empruntent à Pothier presque toutes les règles formulées par les articles de notre section, et notamment celle qui termine l'article 1850, où il est question de la faute, ne reproduisent pas dans ce même article l'observation si importante de Pothier touchant la manière d'apprécier la faute dont l'associé sera tenu (1).

29 *bis*. II. Un auteur a cependant essayé de faire revivre la doctrine ancienne sur la faute appréciée *in concreto* pour permettre aux tribunaux de modérer la responsabilité du débiteur dans certains contrats. Mais nous avons essayé de démontrer au titre des contrats que cette doctrine est absolument contraire au texte de l'ar-

(1) V. Pothier, *Traité de la société*, n° 124.

ticle 1137 qui, dans sa disposition principale, n'admet qu'une seule mesure de la responsabilité, celle qui prend pour type le bon père de famille. Il est vrai que le deuxième paragraphe de l'article laisse aux juges une certaine latitude quant à la détermination du type, à l'estimation de ce qu'est un bon père de famille, mais le principe n'est pas abandonné pour cela, et la loi n'admet pas qu'on prenne pour modèle, pour terme de comparaison le débiteur lui-même (1).

29 *bis*. III. Il faut s'arrêter un instant sur la dernière observation de M. DEMANTE : les soins ne peuvent jamais être moindres que ceux qu'il donne à ses propres affaires. Certes, quand l'associé sera lui-même un propriétaire donnant à ses affaires la moyenne des soins que donne un bon père de famille, l'indulgence du juge ne pourra pas se contenter d'une diligence moindre; mais si par hasard il était un propriétaire au-dessus de la moyenne, exagérant le soin quant à ses propres affaires, on ne pourrait pas lui demander cette diligence exceptionnelle, parce qu'on sortirait des termes de l'article 1137, qui se contente des soins d'un bon père de famille.

§ III.

Des obligations de la société envers chaque associé.

30. Les obligations de la société envers chaque associé sont relatives : 1° à la restitution de l'apport, si la jouissance seulement en a été mise dans la société (art. 1851); 2° aux diverses indemnités qui peuvent être dues à l'associé (art. 1852).

31. On aperçoit d'abord que la restitution de l'apport n'est due que dans la supposition que c'est la jouissance et non la propriété qui a été mise en commun. Mais, dans ce cas même, la société peut avoir acquis la propriété des corps, à la charge d'en rendre l'équivalent. A cet égard, il est évident que pour les objets dont la société n'est pas devenue propriétaire, elle est débitrice de corps certains; conséquemment, que ces objets sont aux risques de l'associé créancier. Au contraire, les objets dont la société est devenue propriétaire, sont à ses risques, car alors elle est débitrice de quantité. Dans cette dernière

(1) V, t. V, n° 54 *bis*. I-IV.

catégorie sont placées ici non-seulement les choses qui se consomment par l'usage, mais aussi celles qui se détériorent en les gardant. Il en est de même naturellement de celles qui sont destinées à être vendues ou de celles qui sont livrées sur estimation. Observons seulement que la loi suppose l'estimation portée par un inventaire, ce qui ne peut s'appliquer qu'à des effets mobiliers.

Il suit au surplus de ces principes que la chose estimée ne peut être répétée en nature, et que l'estimation seule en est due. V. art. 1851.

31 *bis*. I. En principe, l'associé ne peut pas reprendre son apport, même à la dissolution de la société; cet apport est compris dans le fonds social qui doit être partagé. Mais ceci suppose un apport en propriété; si l'apport consiste en jouissance, il est clair que le droit de reprise appartient à l'associé lorsque la société prend fin, soit qu'on ait apporté le droit réel de jouissance, soit que l'associé ait seulement promis de faire jouir la société, ce qui entraîne toujours pour l'exécution de cette obligation une mise en possession de la société créancière de l'apport.

Le Code n'a pas mis en doute le droit de reprise de l'associé qui a effectué un apport en jouissance, il a seulement réglementé cette reprise.

Les décisions de l'article sont en parfaite harmonie avec les principes généraux, les corps certains doivent être rendus en nature, et les quantités par équivalent; de plus, il pourra arriver que des corps certains aient été assimilés par la convention à des quantités, et que la restitution soit due en équivalent. Cette convention peut être expresse, elle sera tacite lorsqu'on aura estimé les choses mises en société. Il est probable toutefois que cette dernière règle ne s'applique qu'aux meubles, la loi n'admettant pas d'ordinaire, quant aux immeubles, la règle romaine, qui disait : l'estimation vaut vente (art. 1551, 1552).

On voit quel intérêt il y a à distinguer; au point de vue de la restitution, l'apport en propriété et l'apport en jouissance; il reste à donner une règle pour interpréter la convention d'apport dans un sens ou dans l'autre lorsqu'elle n'est pas suffisamment explicative. C'est une pure question d'intention, les juges doivent chercher dans les faits des renseignements sur la volonté des parties; mais

dans le doute il nous semble que la promesse doit s'entendre dans son sens simple et naturel, et que dès lors la promesse d'apporter 10,000 francs, mille balles de coton, ou un immeuble, doit être considérée comme une promesse de propriété.

32. L'indemnité due à un associé par la société s'applique d'abord évidemment aux déboursés qu'il aurait faits pour elle; elle s'applique même aux simples obligations qu'il aurait personnellement contractées pour les affaires communes; la loi y met seulement cette condition qu'elles aient été contractées de bonne foi. Enfin l'indemnité comprend les risques et hasards courus par l'associé; mais pour cela il faut qu'ils soient inséparables de sa gestion. V. art. 1852; et remarquez : 1° que la condition de bonne foi paraît applicable aux dépenses comme aux obligations de l'associé; 2° que la bonne foi dans laquelle l'associé aurait agi ne suffirait pas pour lui assurer une entière indemnité; il faudrait de plus que sa conduite ne constituât pas une faute (v. art. 1850); 3° qu'on ne doit pas considérer comme risques de la gestion, donnant lieu à indemnité, toute perte éprouvée par l'associé à l'occasion de la société (v. à ce sujet *Pomp.,* L. 60, § 1; *Ulp.,* L. 91, L. 52, § 4, D. *pro soc.*).

32 *bis*. I. En parlant des risques inséparables de la gestion, l'article manifeste clairement cette pensée que toute perte éprouvée par l'associé en faisant les affaires de la société ne doit pas être l'objet d'une indemnité. *Exemple :* l'associé a emporté dans un voyage, qu'il faisait pour les affaires sociales, une somme importante hors de proportion avec ce qui était nécessaire, des bijoux précieux, il en a été dépouillé par des voleurs; on peut dire qu'il s'est exposé volontairement au risque, et que les affaires de la société ne sont pas la cause directe du préjudice qu'il a éprouvé (1).

32 *bis*. II. L'associé a droit au remboursement de ses déboursés; le Code ne dit pas s'il faut lui attribuer les intérêts de plein droit, comme il a dit, à l'article 1846, que l'associé débiteur de son apport était de plein droit débiteur des intérêts. On peut être tenté d'appliquer ici l'article 2001, en présentant l'associé comme mandataire de ses

(1) V. Pothier, n° 129.

coassociés; mais si l'on considère que le contrat de société se suffit à lui-même, que les obligations des associés sont réglées spécialement dans notre titre, on pensera qu'il est difficile de dire qu'en droit un associé est un mandataire; d'un autre côté, comme l'article 2001 contient une exception à une règle générale, celle de l'article 1153, nous déciderons que cet article 2001 ne peut pas être étendu à un cas qui n'est pas compris dans son texte.

33. Observons ici que les obligations de la société envers chacun de ses membres, comme en général toutes les obligations de la société, se divisent entre les associés, et que chacun en est tenu pour sa part. Si pourtant il s'en trouvait quelqu'un d'insolvable, les principes de la matière ne permettraient pas de laisser à la charge exclusive de l'associé créancier la perte qui en résulte; cette perte serait contributoirement répartie entre tous (v. *Paul*, L. 67, D. *pro soc.*; et à ce sujet article 876, 1215).

§ IV.

Des parts de chaque associé dans les gains et les pertes de la société.

34. C'est à la convention à régler en général les parts de chaque associé. Toutefois la loi elle-même fait ce règlement, d'après l'intention présumée des parties, lorsqu'elles ne se sont pas expliquées; elle proscrit d'ailleurs certaines clauses, trop contraires à l'égalité, qui fait la base de ce contrat, pour que les obligations qui en résulteraient fussent réputées avoir une cause licite.

35. A défaut d'explication, la loi admet d'abord une supposition bien naturelle, c'est que la part dans les pertes doit être la même que la part dans les bénéfices. Quant à cette part, la loi la règle en raison de la valeur comparée des apports respectifs. V. art. 1853, al. 1 (v. pourtant *Ulp.*, L. 29, D. *pro soc.*; *Just.*, Inst., § 1, *de societ.*; v. aussi *Ulp.*, L. 5, § 1, D. *pro soc.*). Observons, au reste, que s'il n'apparaissait du contraire, les apports respectifs seraient facilement supposés être

tous de la même valeur; ce qui attribuerait à chaque associé une part égale.

36. Quoi qu'il en soit, l'application de la règle est simple si tous les apports consistent en sommes ou effets. Que si l'un ou quelques-uns des apports ne consistent que dans l'industrie, dont la valeur est nécessairement incertaine, on peut bien encore, lorsque tous les autres apports sont égaux, supposer que l'apport en industrie a été jugé de la même valeur que les autres, et attribuer en conséquence à tous les associés des parts égales. Mais la loi a dû s'expliquer sur la valeur présumée de l'apport en industrie, quand les autres apports sont d'une valeur inégale; il est censé alors équivaloir à la plus faible des mises. V. art. 1853, al. 2.

36 *bis*. I. L'article donne une règle très-simple en ce qui concerne l'appréciation de l'apport en industrie, quand l'un des associés n'apporte que son industrie; il faut bien alors assigner une valeur à cet apport, sinon l'associé n'aurait aucune part dans les bénéfices, et la société serait nulle.

Mais il est une hypothèse bien fréquente et sur laquelle la loi ne nous renseigne pas nettement; l'associé apporte, et son industrie, et de l'argent ou d'autres valeurs. Faudra-t-il alors ne tenir compte que de l'apport en argent et assimiler l'associé qui fait ce double apport à un autre qui aurait mis en société la même somme sans promettre son industrie? Cette solution pourrait s'appuyer sur le texte de l'article, qui paraît ne prendre en considération l'apport en industrie que dans l'hypothèse où c'est l'unique mise de l'un des associés. Cette solution nous paraîtrait injuste; puisque la loi considère en un cas l'apport en industrie comme ayant une valeur égale à celle du plus faible apport en argent, comment dans un autre cas tenir cet apport pour insignifiant et sans valeur? Non-seulement la solution est injuste, mais elle ne nous est pas imposée par l'article; nous n'y lisons pas que l'apport en industrie n'est tenu pour une valeur que dans le cas où il n'est pas augmenté d'un autre apport. L'hypothèse de l'apport double est simplement omise par la loi; nous pouvons donc la régir en nous inspirant de la solution donnée à l'hypothèse prévue. Ce faisant, nous ne violons pas le texte, qui fixe uniquement le droit afférent à l'apport simple en industrie,

et qui nous laisse la liberté de régler par interprétation ce qui revient à un apport composé de deux éléments ; cet apport n'aura pas une part égale à celle du moindre apport en argent, voilà tout ce que dit l'article quand on y cherche un raisonnement *à contrario;* il n'aura pas cette part, il en aura une supérieure ou inférieure, c'est ce que la loi ne dit pas et ce que le juriconsulte est libre de décider en s'inspirant de l'esprit même de l'article.

36 *bis*. II. Si nous rentrons maintenant dans le cas prévu, il y a encore un point qui reste douteux; lorsque la société a été contractée pour un certain temps et qu'elle est dissoute prématurément, pourra-t-on donner à l'apport en industrie toute l'importance que lui assigne l'article? On l'a considéré comme égal à un apport en argent parce qu'on a envisagé la durée qu'on donnait à la société; l'un apportait 100,000 francs, l'autre son industrie pour dix ans; on pouvait trouver ces deux apports égaux; mais si la société n'a duré que deux ans, le premier associé a effectué son apport complet, l'autre n'en a fourni que les deux dixièmes, ils ne peuvent pas être traités également. Il faudra donc en pareil cas que les tribunaux évaluent ce que représentait dans l'apport total en industrie l'apport partiel qui a été effectué, et la proportion s'établira en prenant pour base cette évaluation.

37. Les associés peuvent, au lieu de régler eux-mêmes les parts, s'en rapporter sur ce point soit à l'un d'eux, soit à un tiers. Ce règlement, qui tire alors sa force des pouvoirs donnés par tous, devrait naturellement être inattaquable. Toutefois, les pouvoirs n'étant donnés que sous la condition tacite que l'opération sera faite de bonne foi, l'iniquité *évidente* donnerait lieu à réparation. Mais les plaintes à cet égard ne seraient admises que dans un délai dont la brièveté s'explique par la condition d'évidence, et que la loi fixe pour chacun à trois mois, à partir de la connaissance qu'il a eue du règlement. Il est clair, en outre, que l'attaque serait interdite à celui qui aurait approuvé le règlement, en commençant à l'exécuter. V. art. 1854.

38. La détermination des parts en raison de la valeur des apports respectifs, et leur égalité dans le gain et dans la perte, ne sont, comme on l'a dit, établies par la loi que sauf con-

ventions contraires. Ces conventions, qui ne seraient pas nécessairement illicites, par cela seul qu'elles constitueraient pour un ou plusieurs des associés quelque avantage (nonobstant *Ulp.,* L. 5, § 2, D. *pro soc.;* v. *Ulp.,* L. 38, D. *de contr. emp.*), ne seraient même le plus souvent, vu la diversité des industries, qu'un moyen d'établir une égalité plus parfaite.

Mais on détruirait l'essence de la société, où chacun n'entre que pour gagner (art. 1832), si l'on attribuait à un seul, ajoutons, ou à quelques-uns des associés, la totalité des bénéfices (v. *Ulp.,* L. 29, § 2, D. *pro soc.*). Aussi pareille convention serait-elle nulle. V. art. 1855, al. 1.

39. Quoiqu'il ne paraisse pas également contraire à l'essence de la société d'affranchir des pertes, en le laissant participer aux gains, un associé qui pourrait compenser cet avantage par la supériorité de son industrie (v. *Ulp.,* L. 29, § 1, D. *pro soc., Just.,* § 2, Inst., *de societ.*), la loi néanmoins, dans la crainte de l'usure, réprouve et annule la convention qui affranchirait ainsi les sommes ou effets mis dans la société. V. art. 1855, al. dernier.

39 *bis*. I. La loi réprouve un certain nombre de conventions qui seraient destructives du contrat de société.

D'abord la clause dont nous avons déjà parlé, qui priverait un ou plusieurs des associés de toute participation aux bénéfices.

Ensuite elle s'occupe des clauses relatives aux pertes; bien qu'elle ait établi en principe l'identité des parts de gain et des parts de perte, elle ne fait pas de cette règle une prescription imposée aux parties. Elle comprend qu'il peut être utile d'avantager, au point de vue des pertes, un certain associé qui consacrerait peut-être aux affaires de la société un plus grand talent ou plus de temps que les autres.

Mais ce qu'elle ne permet pas, c'est de soustraire à toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds social par un ou plusieurs des associés. On aurait pu, pour justifier cette clause, présenter la considération que nous venons d'indiquer, alléguer que cet avantage est compensé par l'industrie de l'associé; mais la loi a craint que ce ne fût là un prétexte, et qu'en réalité il ne s'agît pour l'une des parties de tirer de son argent un profit usuraire. L'associé en effet qui fournit de l'argent et qui, ne devant pas subir le contre-

coup des pertes, est sûr, sauf le cas d'insolvabilité des autres, de rentrer dans son capital, est un prêteur déguisé en associé, et la convention qu'il fait lui assure une part dans les bénéfices qu'on suppose devoir dépasser l'intérêt légal. Dans la doctrine de nos lois actuelles sur l'intérêt de l'argent, ce qui légitime en faveur d'un associé la perception de dividendes dépassant 5 ou 6 pour 100, c'est que son capital est exposé à des diminutions par suite des pertes possibles. Dès que vous supprimez la chance de pertes, on se trouve dans l'hypothèse où la loi de 1807 ne permet pas de percevoir plus de 5 ou 6 pour 100.

39 *bis*. II. Il résulte de ce que nous venons de dire que si la fixation de la contribution aux pertes était tellement avantageuse à l'un des associés qu'il n'en dût supporter qu'une très-faible partie, la convention pourrait encore être attaquée comme violant l'article 1855, parce qu'elle permettrait des perceptions usuraires. Il y a là une question d'appréciation et de calcul proportionnel qu'il appartiendrait aux tribunaux d'examiner.

39 *bis*. III. Nous l'avons dit plus haut, l'associé qui n'apporte que son industrie peut être soustrait aux pertes; l'article ne défend pas cette convention, et le motif que nous lui attribuons démontre l'intention du législateur; celui qui apporte son industrie seule ne peut pas être assimilé à un prêteur, l'usure n'est pas possible de sa part, et une stipulation qui lui serait trop avantageuse ne saurait tomber sous le coup de la loi du 3 septembre 1807. Aussi bien, l'homme qui aura consacré plusieurs années à travailler pour la société, et qui se trouvera, à la dissolution, en présence d'une société en déficit, aura peut-être perdu autant que les autres associés, puisque son temps et son industrie auront été fournis pour rien à la société. *Time is money*.

39 *bis*. IV. Dans les hypothèses où l'article 1855 prononce la nullité de la convention, ce n'est pas seulement la clause qui est nulle, mais la convention de société tout entière. S'il en était autrement, la loi substituerait sa volonté à celle des parties, car un contrat est un ensemble dont les diverses stipulations s'enchaînent et s'équilibrent les unes les autres. Tel des contractants n'aurait pas consenti à former la société s'il n'avait compté sur l'effet de la clause que la loi interdit, et il est profondément raisonnable d'appliquer aux clauses des contrats quand elles sont illicites, ce que dit la loi des conditions proprement dites quand elles sont contraires aux lois.

40. Remarquons, au reste, que, dans tous les cas où la part dans les pertes n'est pas égale à la part des bénéfices, les bénéfices ne se calculent que déduction faite de la perte (v. *Paul*, L. 30, D. *pro soc.*, *Just.*, Instit., § 2, *de societ.*).

§ V.

De l'administration de la société, et des pouvoirs de chaque associé.

41. Ce n'est aussi qu'à défaut de stipulations spéciales que la loi règle le mode d'administration et les pouvoirs de chaque associé. A cet égard, elle fixe d'abord l'effet des clauses les plus usitées (art. 1857-1858). Elle entre ensuite dans quelques détails sur les pouvoirs que les parties sont censées, en l'absence de toute clause, s'être mutuellement conférés; plus généralement elle détermine le droit qu'a chacun des associés sur les choses dépendant de la société (art. 1859-1861).

42. Souvent un des associés est chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société. La loi ne s'occupe pas de l'étendue de ses pouvoirs : sur ce point, il faut évidemment se référer au titre qui les constitue, et, dans le silence du titre, appliquer les règles concernant le mandat conçu en termes généraux (v. art. 1988, 1989). Mais le pouvoir conféré à l'associé, étant une des conditions de l'association, ne peut en général, tant qu'elle dure, être restreint dans son exercice, ni davantage être retiré sans la volonté de ceux qui se sont associés sous cette condition.

Ainsi, lorsque l'associé agit dans les limites de son administration, il ne peut être arrêté par l'opposition des autres; seulement il faut qu'il agisse sans fraude.

Pareillement, la volonté des autres ne suffit point pour le révoquer de ses fonctions; toutefois il peut être révoqué pour cause légitime.

Il en est autrement quand le pouvoir n'a été donné que postérieurement au contrat; c'est alors un simple mandat, susceptible conséquemment de révocation. V. art. 1856.

42 *bis*. I. Le Code examine trois hypothèses en ce qui concerne l'administration de la société : 1° il existe un mandat donné à l'un des associés par l'acte de société; 2° un mandat conféré par un acte postérieur à l'acte de société; 3° il n'y a pas eu de convention spéciale touchant l'administration.

1° *Mandat donné par l'acte de société*. Ce qui caractérise ce mandat, c'est qu'il est irrévocable; c'est une des conditions auxquelles les parties ont subordonné leur consentement.

Il faudrait une cause légitime, par exemple l'accomplissement par le mandataire d'actes frauduleux, ou des négligences graves et dommageables dans l'administration. La révocation serait judiciaire, car l'associé administrateur ne peut pas, même par la volonté unanime de ses coassociés, être dépouillé d'un droit qu'il tient de l'acte de société. La société alors prendra fin, car nul n'aurait le droit d'imposer au gérant destitué un autre gérant.

42 *bis*. II. Les pouvoirs de l'administrateur peuvent avoir été déterminés et délimités par l'acte de société; il faut dans ce cas appliquer purement et simplement la convention.

Si l'acte est muet, l'étendue des pouvoirs dépend du mot même que les associés ont employé en conférant le mandat. Le mot administration a un sens technique; il est clair qu'en nommant un administrateur, on a voulu lui donner le droit de faire, mais de faire uniquement, ce qu'on appelle des actes d'administration, en tenant compte, bien entendu, de ce qui a dû entrer dans les prévisions des parties eu égard à la nature de l'objet de la société.

Dans les limites de ces pouvoirs, l'administrateur est libre, son droit est exclusif de celui des autres associés qui d'abord ne peuvent pas agir par eux-mêmes, et qui secondement ne peuvent pas faire opposition aux actes que veut accomplir l'administrateur. Une opposition serait la révocation partielle du mandat, et le mandat est irrévocable dans le cas que nous examinons. La loi réserve toutefois le cas de fraude. Il faudrait en effet, en pareilles circonstances, reconnaître aux associés le droit de s'opposer, mais leur opposition devait nécessairement prendre un caractère judiciaire et aboutirait probablement à une véritable révocation.

42 *bis*. III. Reste à savoir quelles sont les limites des pouvoirs de l'administrateur.

Il résulte clairement de l'article 1988 comme de beaucoup d'autres articles du Code civil (v. notamment art 450-481) que le pouvoir

d'administrer n'implique pas celui d'aliéner. Cependant, il est certain que l'associé administrateur pourrait aliéner les choses périssables et les récoltes, et généralement toutes les choses dont l'aliénation est précisément l'objet de la société et le moyen de faire prospérer le fond social.

L'administrateur peut acheter ce qui est nécessaire à l'exploitation, par exemple des engrais, des chevaux, des charrues, s'il s'agit d'une exploitation agricole. Il peut payer, recevoir, faire des baux.

Pourra-t-il emprunter? Ce n'est pas l'article 1862 qui nous conduira à une réponse négative, car cet article réserve le cas où l'associé a des pouvoirs, et c'est ce que nous cherchons : l'administrateur a-t-il reçu ce pouvoir? Il paraît difficile de refuser à l'administrateur d'une société le pouvoir d'emprunter; la société n'a pas pour but uniquement de laisser inertes les valeurs sociales, elle doit les accroître par des opérations qui nécessitent des engagements envers des tiers. Nous avons dit qu'il peut acheter; ne pourrait-il donc acheter qu'au comptant? Nous avons vu, dans l'article 1852, qu'un associé a recours contre ses associés pour les déboursés qu'il a faits et pour les obligations qu'il a contractées de bonne foi. Ce que la loi dit là de tous les associés, alors qu'il n'y a pas d'administration organisée, doit être certainement étendu *à fortiori* à un administrateur nommé spécialement, et s'il a eu recours contre ses coassociés, n'en faut-il pas conclure qu'il les engage?

L'administrateur n'a pas le pouvoir d'hypothéquer, la règle étant que la constitution d'hypothèque exige la même capacité que l'aliénation des immeubles; il ne peut pas davantage donner, si ce n'est à titre de gratification, faire remise de dettes, transiger ni compromettre.

Quant à l'état matériel des biens immeubles, l'administrateur n'a pas le pouvoir de le transformer, il peut bien faire des réparations, mais non des constructions ou des destructions.

42 *bis*. IV. 2° *Mandat postérieur à l'acte de société*. Il faut que ce mandat soit donné à l'unanimité, car c'est une dérogation au contrat primitif qui avait soumis tacitement l'administration à l'article 1859.

Ce mandat est révocable; mais s'il a fallu la volonté de tous pour constituer le mandat, il suffira de la volonté d'un seul pour le détruire. En effet, chaque associé avait, d'après l'article 1859, le droit de gérer, chacun a délégué ce droit, l'administrateur a donc reçu autant de mandats qu'il a de coassociés; chaque mandant peut révoquer pour sa part, et de cette révocation partielle résultera une

révocation totale, parce que les autres mandants avaient eu en vue l'unité d'administration, et que le mandat qu'ils ont donné n'a plus sa raison d'être du moment que l'unité n'existe plus.

43. L'administration est quelquefois confiée à plusieurs. Si l'on a divisé leurs fonctions, il est clair que chacun est tenu de se renfermer dans les siennes. Autrement on suppose, si le contraire n'est exprimé, que la volonté commune a été, pour faciliter l'expédition des affaires, d'établir entre eux la concurrence : chacun dès lors peut agir séparément dans les limites des pouvoirs communs. V. art. 1857.

44. Mais si l'on a stipulé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, cette clause s'observe à la rigueur. Quand bien même donc l'un se trouverait dans l'impossibilité d'agir, cela n'autoriserait pas l'autre à opérer seul. Il lui faudrait pour cela de nouveaux pouvoirs. V. art. 1858.

45. L'administration, lorsqu'elle n'a pas été spécialement déléguée, appartient en commun à tous les associés. Chacun, en conséquence, a droit d'agir en son nom pour sa part, et ne peut agir pour les parts des autres qu'en vertu des pouvoirs que ceux-ci lui confèrent. Mais cette délégation de pouvoirs étant dans l'intérêt de tous, la loi la suppose réciproquement intervenue entre tous les associés. Du reste, comme, en conférant aux autres le pouvoir d'administrer, aucun ne s'est départi de l'exercice du même pouvoir, chacun reste maître de s'opposer à l'opération projetée par son associé, et dans le conflit qui résulte de cette opposition, on suit la règle *in re pari potiorem causam esse prohibentis constat* (*Papin.,* L. 28, D. *comm. div.*). V. art. 1859-1°.

45 *bis*. I. *Cas où il n'a pas été fait de convention sur l'administration.* Puisque l'administration n'a été confiée à personne, elle appartient à tous, c'est la conséquence de l'égalité des associés.

Les actes accomplis par un des associés dans les limites de l'administration obligent les autres; la loi montre à la fois la règle et le principe d'où elle découle. Les associés se sont donné mutuellement le mandat d'administrer, donc ils ont les pouvoirs de mandataires.

45 *bis*. II. Cependant, le mandant peut s'opposer à l'accomplis-

sement d'un acte qu'il désapprouve. Il a ainsi un moyen préventif à sa disposition. Mais la loi, qui consacre cette faculté d'opposition, ne nous montre pas très-clairement comment se dénouera le conflit auquel cette opposition aura donné naissance. On a dit que l'effet de l'opposition était de mettre l'acte en discussion et de faire dépendre la décision de la majorité. Nous ne pensons pas qu'il faille résoudre ainsi la difficulté; nous croyons que l'opposition rendra l'acte impossible. C'est bien ce qui paraît d'abord résulter du texte, où nous lisons que ce que chacun fait pour la part des autres est valable, sauf le droit qu'a chacun d'eux de s'opposer à l'opération. L'opposition apparaît ainsi comme un obstacle à la validité de l'acte. Rien d'ailleurs n'est plus conforme aux principes; chaque associé a conservé le droit de diriger lui-même les affaires sociales, les actes doivent donc émaner de la volonté de tous; cette volonté se présume en vertu d'un mandat tacite quand il n'y a pas d'opposition, mais l'opposition montre que l'une des parties refuse de consentir, l'acte devient impossible, car nul ne peut m'obliger ou disposer de ma chose sans ma volonté, et quand je ne consens pas, il est inadmissible qu'un acte qui m'intéresse s'accomplisse parce que la majorité de mes cointéressés pensera autrement que moi (1).

On reprochera à ce système de nuire aux affaires sociales en imposant quelquefois une inaction dangereuse. Le remède est dans les conventions qui réglementeront d'ordinaire la question d'administration et dans une sage application de l'article 1382 qui permettra de demander des dommages et intérêts à celui qui, abusant de son droit individuel, aura de mauvaise foi, et pour nuire à ses coassociés, formé des oppositions au détriment des intérêts bien entendus de la société.

46. Le droit qu'a chaque associé dans les choses communes, l'autorise à s'en servir. Mais bien entendu que n'en ayant pas la libre disposition, il ne peut les employer que suivant leur destination, laquelle au surplus est fixée par l'usage. En outre, comme il ne lui est pas permis de préférer son propre avantage à celui de ses associés, il ne peut, ni en faire un emploi contraire à l'intérêt général de la société, ni s'en servir de manière à empêcher les autres d'en user également. V. art. 1859-2°.

(1) V. Pothier, n° 90.

47. Chacun ayant intérêt à la conservation des choses communes, et, d'un autre côté, chacun étant tenu d'y pourvoir pour sa part, un des associés peut toujours forcer les autres à faire avec lui les dépenses nécessaires à cette conservation. V. art. 1859-3°.

48. Quant aux innovations, elles ne doivent avoir lieu, en principe, que du consentement de tous, car c'est là un acte de disposition. Cela s'appliquerait particulièrement aux travaux, tels que constructions, qu'un des associés voudrait faire sur les immeubles de la société : quelque avantageux qu'il les soutienne, il ne peut se constituer juge de cet avantage. V. art. 1859-4°.

48 *bis*. Si l'associé a fait des travaux sans avoir été empêché par les autres, ceux-ci ne peuvent pas l'obliger à démolir, à moins qu'il ne soit démontré que les opérations de la société deviendront impossibles par suite de ces travaux. Seulement l'associé peut être condamné à indemniser ses coassociés du tort qu'il leur a causé en faisant des travaux que l'article 1859 ne lui permettait pas de faire sans le consentement de ses coassociés (1).

49. Ce que l'on a dit des innovations s'applique à plus forte raison à l'aliénation ou à l'engagement des choses de la société, que chacun ne peut valablement consentir que pour sa part (v. *Gaius,* L. 68, D. *pro soc.*). Les choses mobilières mêmes sont comprises dans cette règle, qui, du reste, n'est établie que pour l'associé qui n'est pas administrateur. V. art. 1860.

49 *bis*. I. Après avoir déterminé les pouvoirs des associés qui sont administrateurs, la loi procède négativement par rapport à celui qui ne l'est pas (art. 1860).

Si l'article signifie que dans le cas de l'article 1859 les associés ne peuvent rien aliéner, il donne une idée qui n'est pas exacte, car il est des choses dont l'aliénation dépend de l'administration, et dans l'hypothèse de l'article 1859 chaque associé peut les aliéner. Il est vrai qu'on doit dire que dans cette hypothèse chaque associé

(1) V. Pothier, n° 87.

est administrateur, et que par conséquent l'article 1860 n'a pas trait à ses pouvoirs.

Il s'agit donc plutôt dans l'article de constater que s'il existe un administrateur investi d'un mandat spécial, les autres n'ont pas de pouvoirs sur les choses sociales.

Il s'agit en outre des choses qu'un administrateur n'a pas le droit d'aliéner, et qui sont par conséquent hors des pouvoirs de l'administrateur choisi ou de tous les associés ayant l'administration d'après l'article 1859.

Le texte implique que l'associé, qui ne trouve pas dans le droit d'administrer le pouvoir d'aliéner les choses sociales, n'a pas personnellement et comme propriétaire le droit de les aliéner.

49 *bis*. II. M. Demante, reproduisant à peu près le texte de l'article 1860, y ajoute cependant une idée bien importante : l'associé pourrait aliéner sa part des choses sociales; c'était ce que disait Pothier, qui s'appuyait sur la loi du titre *pro socio* citée par M. Demante. Il nous faut cependant faire remarquer que les rédacteurs du Code civil, en reproduisant littéralement le n° 89 de Pothier, ont supprimé la fin de sa phrase : *si ce n'est pour la part qu'il y a;* suppression très-significative qui montre l'intention de ne pas suivre jusqu'au bout la doctrine ancienne et d'interdire l'aliénation de la part. Cette interdiction s'explique de soi quand on pense que la société est une personne morale distincte des associés, qu'elle seule est propriétaire du fonds social; elle s'explique aussi, et très-simplement, même dans la doctrine qui n'admet pas la personnalité, car les autres associés ont le droit de compter que le fonds social ne sera pas incessamment diminué par la volonté de l'un d'eux. Il a été fait entre eux une convention d'indivision, les associés s'étant tacitement engagés à laisser complètes les propriétés sociales tant que durera la société. Une telle convention, sans produire un droit réel, peut bien protéger les associés les uns contre les autres, comme la convention de bail protége le preneur, bien que celui-ci n'ait pas un droit réel (1). A ce point de vue, la convention de mise en société, même quand elle a pour objet des immeubles, n'a pas plus besoin d'être transcrite que les baux qui, en principe, ne sont pas soumis à la transcription.

(1) Nous empruntons cet aperçu à nos collègues MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis du droit commercial*, p. 112.

Tout ce qu'on peut dire dans le système de la non-personnalité, c'est que l'associé propriétaire d'un ensemble de choses communes peut faire des actes dont les résultats dépendront de l'éventualité du partage qui aura lieu à la fin de la société (art. 883).

50. Chacun n'ayant la disposition des effets de la société que pour sa part, c'est une conséquence de ce principe, que chacun puisse bien s'associer une tierce personne pour cette part, mais qu'il ne puisse sans le consentement des autres l'associer à la société. Ce dernier droit serait refusé même à l'associé administrateur; car ce n'est pas un acte d'administration. V. art 1861; et remarquez : 1° qu'à l'égard de la société, le fait du tiers associé à la part d'un associé, et mêlé par celui-ci dans les affaires communes, doit être regardé comme le sien propre, soit pour la perte, soit pour le profit; 2° que réciproquement l'associé doit compte à ce tiers du fait de ses associés, en tant qu'il augmente ou diminue la part à laquelle il l'a associé. Toutefois, l'action pour la communication des bénéfices ou pour la réparation des dommages n'existe régulièrement, et sauf l'application de l'article 1166, qu'entre ceux qui sont associés ensemble. V. à ce sujet *Ulp.,* LL. 19, 20, 21; *Gaius,* L. 22; *Ulp.,* L. 23, D. *pro soc.*

50 *bis.* I. Nous avons dit, contrairement à l'opinion de M. Demante, que l'associé ne peut pas aliéner sa part des choses qui font partie de la société, ou tout au moins que l'aliénation qu'il en a consentie ne peut pas avoir d'effet immédiat, l'acquéreur devant attendre la dissolution et le partage de la communauté, et le sort de l'aliénation dépendant de l'événement de partage (art. 883). Ce n'est donc pas parce que l'aliénation de la part serait seule permise qu'il est interdit d'associer une tierce personne à la société primitive. Il y a une immense différence entre l'aliénation d'une part de la propriété d'une ou de plusieurs choses sociales, et l'introduction d'un nouveau membre dans la société. La société implique, il est vrai, une mise de biens en commun, mais elle est par-dessus tout une union de personnes, elle crée des relations et des obligations d'associé à associé. Voilà pourquoi il est inadmissible qu'une des parties donne à ses associés un nouvel associé, à leur insu ou malgré eux. C'est, il nous semble, la véritable raison de la règle, aussi bien dans

l'ancien droit qu'aujourd'hui, et quelque idée qu'on se fasse sur la possibilité d'aliéner une part des biens sociaux. La raison que M. Demante emprunte à Pothier (1) n'expliquerait pas d'une façon satisfaisante la disposition de l'article 1861.

50 *bis*. II. Telle est donc la règle : l'associé ne peut pas faire d'un étranger un associé. Mais il peut former avec cet étranger une société particulière qui aura pour objet sa part. Il reste à déterminer les effets de cette convention.

Il nous semble que cette mise en société de la part d'un associé ne doit avoir aucun effet par rapport aux membres de la société primitive, à l'égard desquels la société doit rester régie par la convention primitive. La nouvelle convention de société ne doit être qu'une sorte de promesse mutuelle de participer aux avantages et aux désavantages résultant pour l'associé qui a pris un sous-associé, de sa qualité de membre de la société primitive. Nous assimilons cette convention à celles que les Romains pratiquaient en la revêtant des formes de la stipulation, quand un héritier avait vendu l'hérédité. A l'égard des tiers, il restait créancier et débiteur des dettes héréditaires; mais par les stipulations *emptæ et venditæ hæreditatis,* le vendeur et l'acheteur s'obligeaient réciproquement, celui-là à remettre à l'autre tout ce que l'hérédité pouvait lui procurer d'avantageux, celui-ci à rembourser tout ce que le premier aurait payé comme héritier.

50 *bis*. III. C'est ainsi que doit être interprétée la convention entre l'associé et le sous-associé. Elle ne produit d'effet qu'entre eux, et dès lors le sous-associé n'a pas qualité pour agir personnellement sur les choses sociales, il ne peut pas administrer, il ne peut pas se servir des choses sociales. Les associés pourraient s'opposer à son immixtion comme à celle d'un usurpateur. Il est clair en effet que ceux qui ont consenti à donner des pouvoirs à Pierre à raison de son habileté, de son honnêteté et de la facilité de son commerce, n'ont pas entendu donner ces mêmes pouvoirs à Paul ou à Jean. Qu'on ne dise pas que l'associé peut avoir un mandataire et qu'il est responsable. Nous nierions le droit de donner mandat pour les affaires sociales et encore bien plus le droit d'augmenter dans des proportions illimitées le nombre des personnes se servant des choses sociales. La responsabilité de l'associé ne suffit pas pour satisfaire

(1) V. Pothier, n° 91.

les autres, d'abord au point de vue de l'usage des choses sociales, et même au point de vue de l'administration, car ils ont droit de prévenir le mal que ferait un tiers, au lieu d'attendre que le mal soit fait pour en poursuivre la réparation.

50 *bis*. IV. Nous admettons cependant que si le sous-associé s'est immiscé en fait et à l'insu des autres dans les affaires sociales, son auteur sera responsable, mais cette responsabilité pèserait également sur celui-ci s'il permettait à un étranger, qu'il n'aurait pas associé, de s'occuper des affaires de la société. Sa responsabilité n'est donc pas une conséquence particulière du contrat de sous-société qu'il a fait aux termes de l'article 1861 (1).

50 *bis*. V. Nous en dirons autant du cas où le sous-associé a fait quelques gains provenant des choses sociales; nous le traiterons comme un étranger, et tous les associés auront contre lui une action en répétition, comme ils l'auraient contre un usurpateur (2); de plus, ils auraient action contre l'auteur du sous-associé coupable d'avoir laissé cet étranger se mêler des affaires communes et y trouver une occasion de bénéfices.

50 *bis* VI. Si le contrat de sous-association ne constitue pas par lui-même le sous-associé débiteur des associés, il ne le fait pas non plus leur créancier. Seulement, comme ce sous-associé devient créancier de celui des associés avec qui il a traité, il pourrait exercer contre les autres les droits de celui-ci, en vertu de l'article 1166. Nous irons même plus loin, le contrat de sous-association contient bien un contrat de cession d'une partie des créances de l'associé contre ses associés. Nous dirons donc que le sous-associé pourra agir comme cessionnaire contre les associés pour réclamer d'eux une part de tout ce que son cédant aurait pu demander. Il faudra du reste qu'il ait accompli l'une des formalités imposées aux cessionnaires par l'article 1690.

50 *bis*. VII. Exerçant comme cessionnaire les droits de l'associé qui a traité avec lui, il ne pourra agir qu'autant que celui-ci en aurait le droit; il ne pourra pas donc agir avant l'époque normale où les créances auraient pu être exigées, il obtiendra une part des bénéfices si les bénéfices se distribuent au cours de la société; mais s'il est des comptes qui ne doivent être liquidés qu'à la fin de la

(1) V. Pothier, n° 93.
(2) En sens contraire, v. Pothier, n° 92.

société, il faudra qu'il attende aussi longtemps que son auteur aurait attendu.

50 *bis*. VIII. Quant aux propriétés sociales, on doit admettre, dans le système qui nie la personnalité des sociétés, que le sous-associé a acquis une fraction de la part indivise de son auteur dans chacun des objets appartenant à la société. Mais, comme nous l'avons dit au numéro précédent, il ne peut pas réclamer sa part en nature avant la dissolution de la société, et alors ses droits dépendront de ce que le partage attribuera à son auteur; il pourra du reste assister au partage pour la conservation de ses droits (1).

50 *bis*. IX. Dans ses rapports avec l'associé qui a traité avec lui, le sous-associé est créancier d'une partie de tout ce que l'associé acquiert comme associé et débiteur d'une partie de tout ce dont cet associé devient débiteur, c'est un compte à régler entre eux. Il résulte de cette formule que si un des associés a nui aux choses sociales et est devenu débiteur de dommages-intérêts, le sous-associé peut exiger de son auteur une part de cette indemnité, car cette indemnité fait partie des valeurs provenant de la société et qui adviennent à l'associé qui s'est donné un sous-associé, et toutes ces valeurs doivent être partagées entre les membres de la sous-association (2).

SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers.

51. En principe, les rapports que le contrat de société établit entre les parties sont étrangers aux tiers; par conséquent les engagements des associés envers les créanciers sont réglés par le droit commun. Si donc les associés contractent conjointement une obligation, il n'y a pas solidarité sans stipulation (v. art. 1202), et si l'un d'eux contracte seul, il n'oblige pas les autres, à moins que ceux-ci ne lui en aient donné le pouvoir. Toutefois cette règle, sous l'un et sous l'autre rapport, reçoit exception dans les sociétés de commerce (C. comm., art. 22). V. art. 1862.

(1) V. t. III, n° 225 *bis*. V.
(2) V. Pothier, n° 94.

52. Par suite du même principe, les associés qui contractent conjointement sont tenus envers le créancier pour leur part virile, sans égard à l'inégalité des parts sociales, inégalité que le créancier n'est pas même censé connaître; le contraire ne pourrait résulter que d'une convention spéciale. V. art. 1863; mais remarquez que cette règle, établie dans l'intérêt du créancier, ne priverait pas celui-ci du droit d'attaquer pour sa part sociale l'associé intéressé pour une part plus forte.

52 *bis*. I. Il faut examiner successivement deux hypothèses: 1° une dette a été contractée conjointement par tous les associés; 2° elle a été contractée par un seul d'entre eux.

Dette contractée conjointement par tous les associés. Tous les associés sont obligés, mais, suivant les principes généraux de la matière des obligations, ils ne sont tenus chacun que pour sa part. C'est l'application de l'article 1202; la solidarité conventionnelle ne le présume pas, et la solidarité légale ne peut exister qu'en vertu d'un texte précis. Le texte ici est formellement contraire à la solidarité.

52 *bis*. II. La division de la dette s'opère par parts viriles, c'est-à-dire égales, entre les débiteurs, le créancier pouvant ignorer dans quelle proportion les divers débiteurs sont intéressés à l'affaire; seulement, il est clair que si les parts que les associés doivent supporter dans les dettes en vertu du contrat de société ne sont pas égales, celui qui aura payé trop en payant la part virile au créancier aura un recours contre ses coassociés.

52 *bis*. III. *Dette contractée par un seul des associés.* Il faut, par rapport à cette dette, distinguer selon que l'associé est ou n'est pas le mandataire des autres.

Si l'associé qui a contracté avait reçu mandat spécial de contracter l'obligation ou un mandat général de contracter des obligations, il oblige ses coassociés, puisque dans le droit français le mandataire oblige le mandant. L'hypothèse alors se confond avec la précédente, le mandataire a représenté tous les associés, et le contrat est considéré comme fait par eux tous; il en résulte que chacun est obligé pour sa part, le mandataire comme les autres.

52 *bis*. IV. Le mandat d'obliger les coassociés est tacite quand il s'agit d'engagements rentrant dans les pouvoirs d'un administrateur, et qu'il n'existe pas de conventions spéciales sur le mode d'ad-

ministration de la société. Les associés se sont alors donné réciproquement le pouvoir d'administrer, et ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés (art. 1819-1°). Donc les engagements contractés pour l'administration lient tous les associés.

52 *bis*. V. Nous venons de supposer que l'associé mandataire agissait en cette qualité, c'est-à-dire que le tiers savait qu'il contractait non-seulement avec lui, mais avec d'autres personnes dont il était le représentant. Si ce mandataire avait agi en son nom personnel, si le créancier avait cru qu'il traitait avec cet unique débiteur, il faudrait bien que ce créancier eût une action pour le tout contre ce débiteur dont il a suivi la foi parce que sa solvabilité lui inspirait confiance. On ne peut pas le contraindre à diviser son action à poursuivre d'autres débiteurs moins solvables peut-être et qu'il n'a pas acceptés.

Le mandataire alors sera comme le mandataire romain, obligé seul, et garanti seulement par un recours contre ses mandants.

52 *bis*. VI. On peut même ajouter que non-seulement le tiers n'est pas forcé d'agir contre les mandants, mais qu'il n'en a pas le droit. N'ayant pas traité avec eux, il ne peut pas les avoir pour débiteurs. Il faudrait seulement lui réserver l'action fondée sur l'article 1166, comme créancier de l'associé mandataire; il pourrait exercer les droits de celui-ci, mais il subirait alors un concours avec les autres créanciers de son débiteur et serait exposé à ce que les associés qu'il poursuivrait lui opposassent des causes de compensation résultant de leurs rapports avec l'associé, dont le tiers exercerait les droits.

53. Un associé n'ayant point en général le pouvoir d'obliger les autres (art. 1862), il est clair que la société n'est point liée par la stipulation que l'obligation est contractée pour son compte. Bien entendu qu'il en est autrement quand il y a un mandat. En outre, le simple gérant d'affaires pouvant obliger le maître au nom duquel il contracte, lorsque l'affaire est utilement gérée (art. 1373), la société sera tenue quand la chose aura tourné à son profit. Voy. art. 1864.

53 *bis*. I. Si l'associé qui a contracté seul une dette pour les affaires sociales n'a pas de mandat, il est certain qu'il ne peut pas lier ses coassociés, et la situation ne serait pas changée par ce fait qu'il aurait déclaré dans le contrat agir pour le compte de la

société. Déclarer qu'on agit pour un tiers, ce n'est pas en effet acquérir le pouvoir de l'obliger.

Cette déclaration qu'on a contracté pour la société aura cependant une conséquence, elle montrera que l'associé, s'il n'agissait pas comme mandataire, agissait au moins comme gérant d'affaires, et donnera au créancier une action contre les associés dans les conditions de l'article 1375. C'est à ces conditions que fait allusion l'article 1864, quand il suppose que la chose a tourné au profit de la société.

Quand, au contraire, l'associé a traité sans mandat et sans manifester qu'il agissait pour le compte de la société, le tiers n'a pas d'action contre les autres associés, car on ne peut plus rattacher l'espèce à la théorie de la gestion d'affaires, et il ne suffirait pas de dire que les associés ont profité du contrat, car ils en auraient retiré un profit indirect qui ne peut pas devenir la cause d'une action. Il en est de cette hypothèse comme de celle où Pierre, qui a emprunté une somme d'argent, la donne à Paul; celui-ci a certes profité indirectement de l'emprunt, mais il n'y a pas là un fait d'où puisse résulter une action de l'emprunteur contre lui.

53 *bis*. II. *Appendice sur la personnalité des sociétés.* Nous avons réservé, jusqu'au moment où nous aurions expliqué le fonctionnement de la société, l'examen d'une question fort importante sur le caractère même de la société; on en saisira mieux maintenant le sens et l'on appréciera plus facilement les arguments sur lesquels doit s'appuyer sa solution. Cette question se pose habituellement ainsi : les sociétés sont-elles des personnes? ont-elles une personnalité? Il s'agit, bien entendu, d'une personnalité fictive, autrement dit morale ou civile, car si la société est un être, c'est un être de raison, elle n'a certainement pas une personnalité physique.

53 *bis*. III. Il faut tout d'abord comprendre quel est l'intérêt de la question posée. Les personnes sont des êtres juridiques capables d'avoir des droits et d'être soumis à des obligations. Si donc la société est une personne morale, elle ne se confond pas avec les associés, elle a un patrimoine distinct de ceux des associés, elle a des biens à elle, biens corporels, créances; elle a des dettes; en un mot, elle a un actif propre et un passif propre, qui ne se confondent pas avec l'actif et le passif des associés.

De là découlent des conséquences d'un grand intérêt pratique :

1° Les associés ne sont pas propriétaires du fonds social, et leur droit se bornant, tant que dure la société, à un partage de bénéfices,

est un droit mobilier alors même que la société serait propriétaire d'immeubles.

2° Le patrimoine de la société est spécialement affecté à l'acquittement de son passif, c'est-à-dire que les créanciers personnels des associés n'auront aucun droit sur le fonds social pendant la durée de la société, et qu'après la dissolution ils seraient primés par les créanciers sociaux.

3° Les débiteurs de la société ne peuvent pas invoquer la compensation de ce qu'ils lui doivent avec ce qui leur serait dû par un associé personnellement. Cette décision, au reste, rentre dans la précédente, car elle n'est qu'une conséquence de la formule que nous avons donnée.

4° Toute personne, par cela qu'elle a un patrimoine, a un siége légal, un centre légal de ses intérêts, un lieu où elle exerce principalement ses droits, c'est le *domicile;* la société, personne morale, aura un domicile.

53 *bis*. IV. Voilà les intérêts principaux de la question qui se pose sur la personnalité des sociétés.

Il n'y a pas de difficulté quant aux sociétés de commerce. Suivant une tradition fort ancienne, elles sont reconnues universellement comme personnes morales, quoiqu'il n'existe pas de texte précis qui leur attribue ce caractère. On peut cependant appuyer la solution sur l'article 529 du Code civil qui, déclarant mobiliers les droits des associés alors même que des immeubles appartiennent aux compagnies, nous montre que dans sa pensée les associés ne sont pas propriétaires, et c'est là, nous l'avons dit, une des conséquences caractéristiques de la personnalité des sociétés. Il faut citer aussi l'article 69-6° du Code de procédure, qui reconnaît une maison sociale aux sociétés de commerce, et qui traite cette maison sociale comme un domicile.

53 *bis*. V. La question est plus délicate en ce qui concerne les sociétés civiles; ici la tradition est contraire à la personnalité. Il suffit de lire Pothier pour voir qu'il traite le fonds social comme un ensemble de choses communes entre les associés, et de se rappeler qu'il permet l'aliénation par chaque associé de sa part dans les choses qui dépendent de la société (1).

Au moment de la rédaction du Code civil, la société civile n'était

(1) V. Pothier, n° 3 *in fine* et n° 89.

donc pas considérée comme une personne. Il serait par conséquent nécessaire, pour admettre la personnalité, de trouver sur ce point des textes précis. Or, rien n'est moins décisif que les textes qui peuvent être invoqués en ce sens.

53 *bis*. VI. On cite les articles 1845, 1846, 1847, 1850, 1852, qui paraissent traiter la société comme un véritable créancier ou un véritable débiteur, par conséquent comme une personne, et l'article 1859-2°, 3° et 4°, où la société est présentée comme propriétaire.

Il est facile de faire observer que ces diverses formules sont textuellement empruntées à Pothier (1); or, Pothier n'admettait pas, nous l'avons dit, la personnalité de la société. Il est donc certain qu'il employait l'expression collective société uniquement parce qu'elle est plus brève et plus commode; il personnifiait l'ensemble des associés, non pas au point de vue juridique, mais seulement au point de vue du langage; c'était une figure dont il se servait, et non pas une vérité de droit qu'il entendait affirmer. Aussi bien il est à remarquer que Pothier et le Code civil ont généralement évité de se servir de l'expression collective là où elle aurait eu le plus d'importance, c'est-à-dire quand il se serait agi de mettre la société en relation avec des tiers. C'est là que la question de personnalité a son intérêt, et non pas dans les rapports des associés, parce que, dans les rapports d'associé à associé, il est certain qu'il est nécessaire de distinguer ce qui appartient à chacun en propre ou ce qui lui appartient par indivis entre ses coassociés. Les pouvoirs du propriétaire ne sont pas aussi étendus sur une des classes de biens que sur l'autre.

53 *bis*. VII. On trouve encore un argument en faveur de la personnalité dans l'article 59 du Code de procédure, qui attribue compétence en matière de société (sans distinction) au juge du lieu où la société est établie. Mais ce n'est pas encore un texte imposant la doctrine de la personnalité, car sa décision s'explique trop complétement par des raisons toutes pratiques pour qu'on puisse y trouver l'affirmation d'une solution sur une question de pur droit civil. Le Code de procédure a considéré que dans le lieu où est établie la société se trouveront les papiers, les titres, les documents, les registres de la société, et que là se trouveront plus faci-

(1) V. pour l'article 1845 : Pothier, n° 110; pour l'article 1846, n°s 116, 118, 119; pour l'article 1847, n° 180; pour l'article 1859, n°s 84, 86, 87.

lement les moyens de vérification que les parties et le tribunal auront l'occasion et le désir d'employer (1).

Faut-il citer l'article 529 du Code civil? Ses expressions mêmes excluent de sa décision les sociétés civiles, puisqu'il parle des *compagnies* et que cette expression n'est pas usitée à propos des sociétés civiles, et qu'il ajoute pour bien acentuer le sens de ce mot ceux de finance, commerce et industrie.

53 *bis.* VIII. La personnalité des sociétés civiles n'est donc pas plus consacrée par les textes qu'elle n'est rendue probable par des traditions anciennes. Dès lors, comment admettre cette fiction? Comment accepter que des particuliers pourraient, de leur volonté privée, presque sans y songer, créer une personne, établir une séparation dans leur patrimoine, et faire naître sur certains de leurs biens une cause de préférence en faveur de certains créanciers, contrairement aux dispositions de l'article 2093? Comment ne pas voir le danger d'une semblable création que rien n'annoncerait aux tiers, ni les procédés de publicité imposés par la loi aux sociétés commerciales (loi de juillet 1867, art. 55-65), ni la notoriété de fait qu'acquiert une entreprise du commerce et que n'auront pas les trois quarts des sociétés civiles? Comment ceux qui traiteraient avec un associé personnellement pourraient-ils savoir que sur quelques-uns de ses biens ils se trouveront primés par d'autres créanciers qui ne seront ni des gagistes, ni des créanciers hypothécaires?

53 *bis.* IX. Il suffit de regarder les dispositions du Code civil que nous avons déjà étudiées, non pas dans leurs expressions, mais dans le fond même de la doctrine qu'elles consacrent, dans l'ensemble des règles sur les sociétés civiles, pour se convaincre que le Code n'a pas entendu innover quant au caractère des sociétés civiles, et qu'il ne les a pas traitées comme des personnes morales.

53 *bis.* X. Le point capital est celui-ci, la société civile n'a pas de nom, elle ne se présente donc pas au public comme une personne, car toute personne a un nom. Les sociétés commerciales ont une désignation spéciale qui est la représentation d'une individualité propre, la société en nom collectif et la société en commandite ont pour nom une raison sociale, la société anonyme est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise (art. 30, C. com.). C'est

(1) V. Boitard et Colmet-Daage, *Procédure civile*, t. V, p. 104. Édit. 1879.

l'affirmation d'une personnalité, mais le Code civil n'impose pas aux sociétés la nécessité de porter un nom distinct, donc il ne voit pas en elles des personnes.

53 *bis*. XI. Ceci n'a trait qu'à l'apparence extérieure de la société, mais au fond il résulte des règles du Code sur les dettes de la société, que la société n'existe pas comme débitrice, que les associés seuls sont débiteurs. Supposez une dette contractée par tous les associés ou par un administrateur ayant pouvoirs de tous. Nous avons vu que cette dette se divise entre tous les associés, le Code l'appelle une dette sociale, et cependant elle ne peut être exigée pour le tout sur l'actif social, et le créancier ne peut pas refuser le paiement partiel qu'offrirait un des associés. C'est qu'il n'y a pas vraiment de créancier social ni de dette sociale parce qu'il n'existe pas de personnalité sociale. C'est là un fait juridique qui ne peut pas s'expliquer autrement, il ne se rattache pas aux principes sur les pouvoirs des associés, car si l'on peut expliquer par les principes la règle finale de l'article 1862 : l'un des associés ne peut pas obliger les autres, on ne saurait expliquer de la même manière les décisions de la loi sur les hypothèses que nous avons choisies. Quand on admet que la société est une personne, on ne peut pas trouver d'autres cas que ceux-là dans lesquels la société serait engagée, et puisqu'elle n'est pas tenue dans ces hypothèses, c'est qu'elle n'existe pas.

53 *bis*. XII. Quand on s'occupe des créances sociales et non plus des dettes, on voit dans l'article 1849 la preuve que ces créances se divisent comme les dettes. L'article 1849 serait inutile, si la créance appartenait à la société, car ce que l'associé aurait touché serait un à-compte sur la créance sociale et non pas un paiement de sa part, la créance ne se divisant pas en parts.

53 *bis*. XIII. Pour corroborer les arguments tirés du fond même des dispositions du Code sur l'organisation des sociétés, il faut citer les articles 529 C. c. et 69-6° C. Pr., qui démontrent *a contrario* que la société civile n'est pas une personne, puisque le premier de ces articles ne donne pas à la part des associés le caractère mobilier, quand la société a des immeubles, et le second n'attribue pas un domicile à la société civile. On remarquera qu'ici l'argument *a contrario* n'est pas suspect, car il conclut à l'application d'un principe général : dans la réalité, les personnes ayant une existence physique, les hommes, peuvent seuls avoir un patrimoine et un domicile.

Qu'il existe des personnes fictives ayant ces droits, cela n'est pas douteux, mais elles n'existent qu'à titre d'exception et en vertu de dispositions précises des lois. Nous ne rencontrons pas ces dispositions quant aux sociétés civiles, et nous ne devons pas interpréter d'une manière extensive celles qui traitent d'autres sociétés (1).

53 *bis*. XIV. On admet aujourd'hui que les sociétés civiles peuvent adopter une des formes établies par le Code de commerce pour les sociétes commerciales. On déduit de cette circonstance qu'on doit se référer au Code de commerce pour déterminer l'étendue des obligations des associés envers les tiers, et que de plus elles sont soumises aux conditions de publicité exigées par les lois et qui rendent leur existence notoire (2). Ceci étant, il n'y a plus de raison pour refuser à ces sociétés la personnalité civile (3). La jurisprudence a même été plus loin, elle attribue ce caractère de personnalité à des sociétés civiles se présentant sous la forme ordinaire, mais qui sont constituées avec l'autorisation du gouvernement. Cette idée a été émise par M. Demante; il l'appuie sur la décision de la loi du 21 avril 1810, art. 8, qui déclare mobilières les actions des sociétés formées pour l'exploitation des mines, appliquant ainsi l'article 529 à des sociétés qui n'ont pas le caractère commercial (art. 32, loi de 1810) (4).

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

54. 1° La société, ayant son fondement unique dans la volonté des parties, a naturellement pour limite le temps que cette volonté a fixé. V. art. 1865-1°.

55. 2° Toute société suppose un fonds commun; elle ne

(1) Sur toute cette question, v. Valette, *De la propriété*, p. 51, 52; M. Boistel, *Précis du droit commercial*, p. 124, édit. 1878; MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis du droit commercial*, p. 142-144. En sens contraire : Troplong, *Sociétés*, t. I, p. 58; M. Molinier, *Traité du droit commercial*, t. Ier, p. 217-220.

(2) V. MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, p. 288.

(3) V. C. C., 3 février 1868, I-185.

(4) V. t. II, n° 357 *bis*. IV.

peut donc survivre à l'extinction de la chose qui constituait ce fonds commun. Pareillement, si elle n'avait pour objet qu'une affaire ou négociation, elle finirait par sa consommation. V. art. 1865-2°.

56. 3° La société se contractant en vue des qualités personnelles de chacun des associés, il est naturel que la mort de l'un d'eux en entraîne la dissolution. V. art. 1865-3°, et remarquez qu'en principe cette dissolution doit avoir lieu à l'égard de tous.

57. 4° La même raison s'appliquait au cas de mort civile et s'applique à ceux d'interdiction et de déconfiture de l'un des associés. Dans tous ces cas, en effet, la société, d'une part, ne peut se continuer avec la personne qui se trouve ainsi dépouillée de ses droits, ou au moins de leur exercice, et qui n'offre plus aucune garantie; de l'autre, les héritiers ou représentants de cette personne n'ont pas qualité pour entrer dans la société en son lieu et place. V. art. 1865-4°.

58. 5° Enfin les inconvénients d'une communauté forcée ont fait admettre ici que la volonté d'une seule partie ou de quelques-unes d'entre elles pourrait, en général, dissoudre pour l'avenir le contrat formé par la volonté de toutes. V. art. 1865-5°.

58 *bis*. L'énumération des causes de dissolution de la société par l'article 1865 ne comprend que des cas de dissolution de plein droit; à l'article 1871, on trouvera des hypothèses où la dissolution peut être prononcée par les tribunaux en connaissance de cause, et où par conséquent elle ne date que du jugement.

Dans cette énumération, la loi ne parle pas du consentement mutuel, mais il va de soi que le consentement de tous les associés peut détruire le contrat formé par ce consentement; il faudra toutefois respecter les faits accomplis et ne pas inspirer aux tiers la croyance à l'existence d'une société dissoute.

59. Après cet énoncé général, la loi reprend en particulier les différentes manières dont finit la société, et donne à ce sujet les explications nécessaires (art. 1866-1871).

Mais avant d'entrer à cet égard dans aucun détail, il con-

vient de remarquer que la dissolution, de quelque manière qu'elle arrive, ne détruit la société que pour l'avenir. Conséquemment les droits et obligations que pendant sa durée elle a respectivement produits dans la personne des associés, s'exercent ou s'exécutent par eux-mêmes ou par leurs représentants, après la dissolution.

Ces droits et obligations s'appliquent même à la suite des opérations commencées, pourvu que cette suite soit directe et nécessaire (v. à ce sujet art. 1868).

Bien plus, ils pourraient s'appliquer aux opérations commencées depuis la dissolution, si elles l'avaient été dans l'ignorance de l'événement qui produit cette dissolution (v. à ce sujet art. 2005, 2008, 2009, et *Ulp.,* L. 65, § 10, D. *pro soc.*).

60. La société à temps limité cesse de plein droit à l'expiration du temps fixé; mais rien n'empêche qu'elle soit prolongée par la volonté commune. Seulement, comme c'est là vraiment un nouveau contrat de société, la loi exige pour sa preuve un écrit revêtu des mêmes formes que l'acte même de société. V. art. 1866.

60 *bis.* I. La dissolution par l'expiration du temps suppose que l'affaire n'est pas terminée; autrement cette cause d'extinction se confondrait avec la suivante (art. 1865-2°).

La prorogation de la société est un nouveau contrat qui est soumis, quant à sa preuve, aux règles qui régissent tout contrat de société (art. 1834 et 1341), c'est ce que signifie l'article 1866; il parle du contrat de société en général (*in rem*), et non pas du contrat intervenu entre les parties qui font une convention de prorogation. Si, par exemple, le premier contrat a été constaté par acte authentique, le second pourra être constaté par acte sous seings privés, ou bien celui-ci ne sera pas constaté par écrit, alors qu'un écrit a été fait pour celui-là. Dans ce cas, la prorogation pourra être prouvée par témoins avec commencement de preuve par écrit ou sans commencement de preuve, si l'objet de la société, lors de la prorogation, n'a pas une valeur supérieure à 150 francs. Réciproquement il faudra un écrit on un commencement de preuve écrite alors même que l'objet de la première convention ne valait pas 150 francs, si, lors de la seconde, il a acquis une valeur supérieure.

Il serait déraisonnable d'exiger un écrit dans le premier cas, alors que la valeur actuelle de l'objet serait trop modique pour mériter les frais d'un acte écrit, et à l'inverse il ne serait pas plus sensé de dispenser d'un écrit des parties qui traitent pour une valeur considérable, sous le prétexte que cette valeur a été produite par une valeur modique mise en société il y a dix ou vingt ans.

60 *bis*. II. Qu'on ne dise pas, dans le cas où le premier acte était écrit, que la prorogation ne peut pas être prouvée par témoins, parce que ce serait prouver contre le contenu à l'acte primitif. Cette observation serait absolument erronée; il ne s'agit pas de prouver que la société primitive n'a pas existé ou que ses conditions n'étaient pas indiquées dans l'écrit, on reconnaît qu'elle a existé, que l'acte était exact; mais la convention ayant perdu ses effets *lapsu temporis*, on en fait une seconde, c'est un fait nouveau, et ce fait nouveau peut être prouvé par témoins, comme peut être prouvé, par exemple, le paiement d'une dette de 100 francs qui avait été constatée par écrit.

60 *bis*. III. Le but principal de l'article 1866 est d'établir que la convention de société doit être prouvée par la démonstration d'un fait précis, et non pas seulement par une présomption, autrement dit qu'il n'y a pas, dans la continuation de l'état de fait créé par la société, quelque chose qui prouve une convention tacite, comme on voit en matière de louage la tacite reconduction résulter de la continuation de l'état de fait créé par le bail primitif (art. 1738).

61. Il n'est pas nécessaire, pour opérer la dissolution de la société par l'extinction de la chose, que la perte porte sur celle qui forme à elle seule, ou sur toutes celles qui forment ensemble, le fonds commun. Il peut suffire qu'elle tombe sur la chose dont se constitue l'apport de l'un des associés. C'est ce qui arrive, à quelque époque que la perte survienne, quand elle porte sur une chose dont la jouissance seulement avait été mise en commun. L'associé, en effet, ne pouvant plus faire jouir la société, doit perdre le droit réciproque, qui lui appartenait comme équivalent de la jouissance qu'il était tenue de procurer. Il cesse donc d'être associé; ce qui emporte naturellement dissolution de la société à l'égard de tous.

Cette règle évidemment ne peut s'appliquer au cas où, l'apport consistant en propriété, la perte ne survient qu'après

que *la propriété a déjà été apportée* à la société. Alors, en effet, l'associé a rempli son obligation, et la perte éprouvée en commun ne peut rompre les obligations réciproques, qui doivent durer tant qu'il reste une partie du fonds commun.

Mais lorsque la propriété de la chose n'est encore que promise et non apportée à la société, ce qui, selon nous, suppose nécessairement qu'il n'y a pas eu promesse pure et simple d'apporter un corps certain (v. art. 711, 1138, 1302), la chose, tant que la mise n'est pas effectuée, demeure aux risques du promettant. Dans ce cas donc, comme dans celui où l'apport consiste en jouissance, la perte de la chose empêchera, faute d'objet ou de cause, la naissance des obligations respectives; la société par conséquent sera dissoute, ou, pour mieux dire, elle sera réputée n'avoir jamais existé. V. article 1867; à ce sujet, v. *Ulp.*, L. 58, *pr.* et § 1, D. *pro soc.*

61 *bis*. I. La définition du contrat de société suppose qu'on met quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Si la chose mise en commun, ou l'ensemble des choses mises en commun périt, il n'est plus possible d'en tirer de bénéfice, et la société ne peut plus subsister. *Exemples :* Plusieurs ont mis en commun le droit au bail d'une ferme, et le contrat de louage est annulé, ou bien plusieurs ont mis en commun un brevet d'invention qui est déclaré nul. Dans les deux cas, la société ne peut plus fonctionner.

61 *bis*. II. Nous venons de citer des hypothèses où la chose mise en commun était certaine et déterminée dans son individualité. Il faudrait faire une distinction, si l'on avait mis en société des quantités, de l'argent, et si les quantités de choses fongibles appartenant à la société avaient péri. La société ne serait dissoute que dans le cas où les associés ayant limité leurs mises en argent ou en denrées la perte aurait porté sur la totalité ou sur le dernier reste des apports promis. Il en serait autrement si les mises n'avaient point été limitées; seulement un des associés pourrait demander la dissolution en invoquant l'article 1871 et en faisant admettre par les juges, comme juste motif de dissolution, l'événement qui prive l'un ou plusieurs des associés des ressources nécessaires pour reconstituer un capital social.

61 *bis*. III. La perte partielle des choses mises en société ne dissout pas la société, à moins que cette perte ne rende impossibles les opérations sociales, ce qui constituerait une cause légitime de dissolution (art. 1871).

61 *bis*. IV. Il faudra cependant donner des solutions particulières quand la perte partielle du fonds social constituera la perte totale de l'apport de l'un des associés. Dans ce cas, des distinctions sont indiquées d'une manière assez obscure par l'article 1867. Pour les comprendre, il faut examiner séparément le cas où l'associé dont l'apport a péri avait promis un apport en propriété, et le cas où il avait promis un apport en jouissance.

61 *bis*. V. *Apport en propriété*. Quand l'un des associés a promis d'apporter un corps certain, et que ce corps certain vient à périr par cas fortuit, les règles générales du titre des contrats ne le rendent pas responsable de cet accident; les risques sont pour le créancier, c'est-à-dire ici pour la société, et pour parler plus exactement, quand la société est civile, il y a plusieurs créanciers : les co-associés. Dire que la perte est à leur charge, c'est dire qu'ils doivent remplir leurs engagements, bien que l'associé débiteur de l'apport n'ait pas exécuté les siens. Par conséquent, la société subsiste, et l'associé dont l'apport a péri y conserve ses droits. Il est dans la position d'un vendeur qui ne livre pas la chose vendue parce qu'elle a péri par cas fortuit, et qui cependant a droit au prix. (Art. 1624 et 1138. Inst. de Justinien, § 3, *de emptione et venditione*.) L'article 1845 l'a précisément comparé à un vendeur. Cette solution, que l'ancienne doctrine appuyait sur la règle *debitor rei certæ rei interitu liberatur,* est en outre conforme à l'opinion des auteurs modernes, qui pensent que d'après le Code civil les risques sont à la charge du propriétaire (1). En effet, d'après l'article 1138, la société ou les associés sont devenus propriétaires des corps certains promis du moment même où a été faite la promesse d'apport. De plus, en tenant compte de cet article 1138, le dernier paragraphe de l'article 1867 est en parfaite harmonie avec les principes du titre des contrats sur la perte de la chose, puisqu'il dit que la société n'est pas rompue quand la perte survient après l'apport effectué; l'apport est effectué quand la société ou les associés sont propriétaires, c'est-à-dire par la promesse d'apport, donc de ce moment les risques sont pour la

(1) V. t. V, n° 58 *bis*. II-IV.

société, puisqu'elle continue de subsister, quoiqu'elle ne bénéficie plus de l'apport promis par l'un des associés.

61 *bis*. VI. Il résulte de ces explications qu'il n'y a aucune opposition dans leurs termes entre le premier et le troisième alinéa de l'article 1867, parce que ordinairement l'expression *mise effectuée* exprime la même pensée que les mots : *propriété apportée à la société*.

61 *bis*. VII. Il faut cependant ajouter quelques explications sur le premier alinéa de l'article, car, d'après ce que nous venons de dire, il semblerait que sa disposition principale suppose une hypothèse impossible, et que par conséquent l'ensemble de l'article annonce une distinction dont on ne trouverait jamais l'application. Voici ce qui peut faire naître cette pensée. Si la promesse d'apport effectue par elle-même l'apport, comment la loi peut-elle parler du cas où la perte survient avant que la mise soit effectuée? Le contrat de société n'est pas fait, alors l'associé n'est pas débiteur et la société ne peut pas se dissoudre; ou le contrat est fait, les obligations sont nées, et la propriété des apports est transférée, les mises effectuées *ipso facto*.

61 *bis*. VIII. La réponse à cette objection critique se tire des principes mêmes de la matière. Il y a des cas où les risques d'un corps certain promis ne sont pas à la charge du créancier. C'est quand l'obligation a été contractée sous une condition suspensive (art. 1182). Un vendeur alors subirait les conséquences de la perte; il en sera de même de l'associé qui aura promis l'apport, le risque sera pour lui en ce sens qu'il n'aura pas fait d'apport, qu'il ne deviendra pas associé, par suite la société sera dissoute. Cette hypothèse pourra se rencontrer assez fréquemment dans la pratique, car on peut concevoir qu'on subordonne l'apport d'un associé à une condition. *Exemples*, l'apport d'un navire à la condition qu'il reviendra d'un voyage, l'apport d'un cheval de courses, à la condition qu'il sera vainqueur dans telle course préparatoire.

61 *bis*. IX. Il y a une autre règle en vertu de laquelle la responsabilité du risque retombe sur le débiteur, c'est la règle sur la demeure (art. 1138 *in fine* et 1302). On peut dire que l'article 1867, combiné avec la 1re partie de l'article 1138, déroge à cette règle en matière de société. L'article en effet n'admet la dissolution de la société au cas de perte qu'après la mise effectuée. Or, le transport de la propriété qui s'opère de plein droit est indépendant

du retard dans la livraison, il en résulte que, quant à notre question spéciale, la dissolution de la société, la loi déroge aux règles ordinaires de la demeure. Aussi bien dans un grand nombre d'hypothèses la règle considérée dans son ensemble serait inapplicable. Le débiteur en demeure peut se décharger de la responsabilité en prouvant que la chose aurait péri chez le créancier; ici le débiteur est en même temps l'un des créanciers; il a le droit de se servir de la chose; quand elle est chez lui, elle peut souvent être considérée comme livrée à la société. Voilà ce qui ne permettrait pas d'appliquer les dispositions de l'article 1302.

61 *bis*. X. Nous dirons qu'ici la règle est renversée, parce que les principes de la société ne permettent pas d'exonérer complètement l'associé des suites de sa demeure. Il est toujours responsable envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute (art. 1850); quand l'apport aura péri pendant sa demeure, on pourra démontrer que la chose, d'après la convention des parties, ne devait pas être chez lui, et que si l'accident n'eut pas dû l'atteindre là où elle aurait dû être, il y a faute de l'associé débiteur, partant obligation à des dommages et intérêts. La société ne sera pas dissoute, puisque la société était devenue propriétaire de l'apport; le débiteur devra une indemnité, mais la preuve de la faute sera à la charge de la société, tandis que, d'après l'article 1302, c'est le débiteur qui doit prouver le fait à sa décharge.

61 *bis*. XI. *Apport en jouissance.* Ce genre d'apport peut se concevoir de deux manières : ou l'associé aura promis de faire jouir la société d'un certain bien, comme un bailleur promet de faire jouir le preneur; ou l'associé aura apporté le droit réel de jouissance, soit en constituant le droit d'usufruit en faveur de la société personne morale, ou des associés si la société n'a pas de personnalité, soit en cédant à la société un droit réel d'usufruit qui lui appartenait sur un certain bien.

61 *bis*. XII. L'hypothèse prévue par la loi est la première, c'est évidemment celle qui se présentera le plus souvent. C'est l'hypothèse de Pothier qui suppose qu'on a mis en commun les fruits qui proviendraient de certaines choses (1). Étant donné que le Code songe à un associé qui a promis de faire jouir la société d'un certain bien, la solution de l'article est imposée par les principes. L'apport

(1) V. Pothier, n° 191.

est alors successif, il ne s'effectue pas en une seule fois, il s'effectue d'une manière continue. Le jour où l'associé ne peut plus faire jouir la société, il n'a plus d'apport, et la société est dissoute. Tandis que celui qui a promis la propriété ressemble à un vendeur qui n'est pas responsable de la perte, celui qui a promis de faire jouir ressemble à un bailleur qui ne peut plus percevoir les loyers quand la chose a péri (art. 1741). Il ne s'agit pas de loyers pour un associé, mais il s'agit des bénéfices que la société pouvait lui procurer, sa participation à ces bénéfices n'aurait plus de cause.

61 *bis*. XIII. Nous avons dit que l'hypothèse d'un apport ayant pour objet le droit réel d'usufruit serait rare. Si cependant l'apport a été ainsi promis, il n'y avait pas de raison pour distinguer cette hypothèse de celle où l'apport se fait en propriété. Le droit d'usufruit étant de même nature que le droit de propriété, l'apport est complètement effectué par l'acquisition du droit d'usufruit. Ce droit est périssable, il est vrai, mais l'objet apporté en propriété est quelquefois plus périssable encore, donc la loi n'a pas dû distinguer entre ces deux apports. Nous dirons dès lors de l'apport en usufruit ce que nous avons dit de l'apport en propriété. Il est régi par le premier et le troisième alinéa de l'art. 1867. Le droit est acquis à la société par le seul effet de la promesse d'apport; donc, dès que la société est constituée, il n'y a plus à craindre qu'elle soit dissoute par la perte de l'apport, à moins toutefois que cet apport ait été fait sous condition suspensive, parce qu'il faudrait appliquer l'article 1182.

61 *bis*. XIV. La loi dans l'article 1865 a rapproché de l'extinction de la chose la consommation de la négociation. Ceci suppose que la société a été contractée pour des opérations limitées, comme la construction d'un pont ou l'établissement d'un canal. Que s'il s'agit d'opérations illimitées, comme la vente de vins par divers propriétaires de vignobles vendant uniquement les vins de leurs crus (nous choisissons un cas de société civile), la négociation, l'affaire n'a pas une fin nécessaire, elle peut durer indéfiniment; mais la dissolution alors sera toujours possible en vertu de l'article 1865-5°, s'il n'a pas été fixé un terme par la convention.

62. Quoique la mort de l'un des associés ait en général, et d'après la nature particulière du contrat, l'effet d'opérer une dissolution complète, on n'a pourtant jamais douté ni pu douter que la société dût, si l'on en était ainsi convenu,

se continuer entre les survivants (v. *Paul,* L. 65, § 9, D. *pro soc.*). Mais il paraissait contraire aux principes d'autoriser, même par l'effet d'une convention expresse, la continuation de la société avec les héritiers. Ceux-ci, en effet, ne pouvant être certainement connus à l'avance, il est impossible de savoir, au moment de la convention, s'ils auront les qualités requises (v. *Ulp.,* L. 35; *Ulp.* et *Pap.,* L. 52, § 9; *Pomp.,* L. 59, D. *pro soc.;* v. pourtant la même loi 59, et *Ulp.,* L. 63, § 8, *eod.*). Quoi qu'il en soit, notre Code, faisant prévaloir le principe de la liberté des conventions, autorise également l'une et l'autre clause.

Du reste, les héritiers, qui en l'absence d'une clause expresse ne succèdent point à la qualité d'associé, n'en succèdent pas moins aux droits et obligations que la société a produits dans la personne de leur auteur.

Il est clair qu'ils peuvent, si la société ne se continue qu'entre les survivants, en demander le partage en ce qui les concerne. Mais leur part se règle naturellement sur la situation au moment du décès, ce qui pourtant n'exclut pas leur participation aux droits ultérieurs, en tant seulement que ces droits seraient une suite nécessaire des opérations antérieures au décès. V. art. 1868.

62 *bis.* I. Lorsqu'il a été convenu que la société continuerait avec les héritiers de l'associé décédé, il est bien certain que la clause a pour effet d'autoriser l'héritier à entrer dans la société, mais elle produit un effet plus complet, elle lie les héritiers envers la société, et à moins de renoncer à la succession, ils sont forcés de devenir associés. Tout cela est logique; dès que la loi permet à l'héritier de bénéficier de la convention faite par son auteur, c'est qu'elle ne le considère pas comme un tiers, d'où cette conséquence qu'il peut être lié par la même convention. La règle qui déclare les conventions sans effets à l'égard des tiers est commune aux conventions qui engendrent des créances et à celles qui font naître des obligations. Voilà pourquoi l'article 1868 ne fait pas de distinction quant aux effets de la convention sur la continuation de la société avec les héritiers de l'associé prédécédé.

62 *bis.* II. En l'absence de la clause dont nous venons de parler,

les héritiers ne sont pas associés, ils sont cependant tenus de certaines obligations envers la société; ils doivent, en cas d'urgence, continuer l'affaire commencée par l'associé défunt, et dans tous les cas ils sont tenus d'avertir les autres associés du décès de leur auteur pour que ceux-ci puissent aviser.

63. Le principe qui attribue à la volonté d'une seule des parties le pouvoir d'opérer la dissolution de la société est sujet à plusieurs exceptions et modifications.

Ainsi : 1° il n'est applicable en général qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, car lorsqu'il y a un terme fixé, soit par l'expression d'un temps déterminé, soit par la nature de l'affaire (art. 1844), les parties sont naturellement censées s'être réciproquement obligées, dans l'intérêt commun, à rester en société jusqu'à l'expiration du terme.

2° Dans le cas même où aucun terme n'a été fixé, les parties sont toujours censées s'être obligées à ne point se retirer de la société sans se prévenir mutuellement, et à ne point la rompre dans leur intérêt particulier contre l'intérêt commun. Il faut donc une renonciation, laquelle doit être notifiée à tous; cette renonciation doit être de bonne foi; elle doit n'être pas faite à contre-temps. V. art. 1869.

63 *bis*. La société est une, elle ne peut pas exister à la fois et ne pas exister; nous dirons donc que si la renonciation a été notifiée à quelques-uns et non à tous, elle n'aura effet à l'égard de personne, car elle ne peut pas avoir effet par rapport à ceux à qui elle n'a pas été notifiée ; ceux-ci restent donc en société, ce qui entraîne le maintien de la société tout entière.

64. Il est évident qu'il n'y a pas bonne foi de la part de l'associé qui, après avoir couru la chance de participer aux bénéfices procurés par les autres, se retirerait pour s'approprier seul un bénéfice sur lequel ceux-ci avaient dû compter. V. art. 1870, al. 1, et à sujet *Paul,* L. 65, §§ 3 et 4, D. *pro soc.; Just.,* Inst., § 4, *de societ.*

65. Il n'est pas même besoin d'examiner s'il y a bonne ou mauvaise foi, pour refuser effet à la renonciation, lorsqu'elle est faite à contre-temps, c'est-à-dire à une époque où il est

de l'intérêt commun de différer la dissolution de la société; du reste, cet intérêt n'existe que quand les choses ne sont plus entières. V. art. 1870, al. dernier; et à ce sujet, *Paul,* L. 65, 5, D. *pro soc.*

65 *bis.* Pothier donne comme exemple d'une renonciation intempestive, celle qui aurait pour résultat de dissoudre la société et de nécessiter la vente du fonds social dans un moment où les choses composant ce fonds auraient subi une baisse considérable (1).

66. Une observation commune à tous les cas où la renonciation ne réunit pas les conditions requises, c'est que l'absence de ces conditions peut bien autoriser les associés du renonçant à faire valoir contre lui la continuation de la société, à l'effet de partager avec lui les bénéfices qu'il a pu faire, ou de lui faire supporter sa part dans les pertes par eux éprouvées; mais celui-ci ne pouvant argumenter des vices de sa renonciation, il n'est pas réciproquement admis à faite valoir à son profit la continuation de la société (v. *Paul,* L. 17, § 1; L. 65, § 6, D. *pro soc.*).

Bien plus, lorsque la renonciation, qui réunit d'ailleurs les conditions requises, ne pêche que par le défaut de bonne foi (art. 1870, al. 1), la nullité consiste uniquement à faire attribuer à la société le profit que le renonçant avait en vue de lui soustraire. Sous tous les rapports, il peut lui-même argumenter de la dissolution opérée par sa volonté (v. *Just.,* Inst., § 4, *de societ.*).

66 *bis.* Il faut bien comprendre le sens qui doit être donné dans notre droit à la formule que M. DEMANTE emprunte aux deux textes de Paul qu'il a cités. On suppose une renonciation faite à contre-temps, et l'on décide qu'elle ne lie pas les coassociés du renonçant, mais qu'elle le lie lui-même. *Liberat a se socios, se a sociis non liberat.* Il y aurait iniquité à exagérer la portée de cette formule et à dire que les associés auront contre le renonçant le droit de bénéficier des opérations par lui faites, et de lui imposer sa part des pertes, mais que le renonçant ne pourra plus rien demander à ses coassociés. Il n'est pas admissible qu'une personne soit à la fois associée et non

(1) V. Pothier, n° 151.

associée. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que le renonçant s'est mis à la discrétion de ses coassociés, qui peuvent exiger que la société soit réputée toujours existante avec ses effets à l'égard de tous, ou qu'elle soit tenue pour inexistante à l'égard de tous depuis la renonciation faite.

Dans le cas de renonciation faite de mauvaise foi, il faut tenir compte du droit qui appartient à l'associé de sortir de la société; seulement il faut attribuer aux associés le bénéfice que le renonçant avait voulu injustement s'approprier, en lui attribuant toutefois les avantages de même nature que la société aurait dû lui procurer du chef de ses coassociés, si elle avait duré jusqu'à l'époque où le bénéfice qu'il voulait se réserver lui est advenu. Sous cette double réserve, la société ne produit plus d'effet depuis la renonciation.

67. Ainsi qu'on l'a dit, la dissolution par la volonté d'un seul ne s'applique pas aux sociétés à terme. Il en résulte que cette dissolution ne peut en principe être demandée avant l'expiration du terme. Ce principe, toutefois, n'empêche pas qu'elle ne puisse l'être pour de justes motifs. A cet égard, la légitimité et la gravité des cas sont laissées à l'arbitrage des juges. La loi mentionne seulement en particulier deux causes de dissolution, dont l'une, l'inexécution des engagements, n'est que l'application de la règle commune à tout contrat synallagmatique (v. art. 1184). L'autre cause se rattache aux principes particuliers de la société : chacun devant en général y apporter, pendant toute sa durée, son tribut d'industrie, il est naturel qu'elle puisse être rompue lorsqu'une infirmité habituelle rend l'un des associés inhabile aux affaires. Ces deux causes, au reste, citées par forme d'exemple, doivent servir de règle aux juges qui ne peuvent en admettre d'autres qu'autant qu'elles sont semblables à celles-là. V. art. 1871, et à ce sujet *Ulp.,* L. 14; *Pomp.,* L. 15; *Ulp.,* L. 16, D. *pro soc.*

67 *bis.* L'article 1851 consacre dans ses premiers mots une décision très-importante : la société à terme fixe doit durer jusqu'à l'expiration du terme, sans qu'il soit fait aucune distinction fondée sur la longue durée du temps convenu. Rien ne rappelle la règle de l'article 815, qui ne permet pas de faire pour plus de cinq ans la

convention de rester dans l'indivision. Cette règle de notre article n'a rien que de très-naturel quand on admet la personnalité de toutes les sociétés. L'article 815 est alors inapplicable, parce qu'il n'existe pas d'indivision dans l'hypothèse prévue. Mais quand on pense comme nous que les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales, il faut voir dans l'article 1871 une exception à la règle de l'article 815. Comme la disposition de l'article 815 sur laquelle nous raisonnons est elle-même une exception à un principe fondamental, celui de la liberté des conventions, il n'est pas difficile d'admettre que cette disposition n'est pas absolue, et il est bien permis d'interpréter dans le sens d'une dérogation à cette disposition un texte aussi clair que celui de l'article 1871. Aussi bien, les raisons qui ont dicté la règle de l'article 815 *in fine* perdent une grande partie de leur force quand il s'agit d'une indivision entre associés pendant la durée de la société. Les copropriétaires ne sont pas unis, presque malgré eux, par le hasard d'une vocation commune à une succession. Ils se sont choisis, et c'est là une chance que l'indivision n'engendrera pas entre eux des dissensions. Secondement, l'indivision a été considérée dans l'article 815 comme un mal, au point de vue économique, parce qu'elle empêchera souvent l'amélioration des biens, elle les rendra improductifs. La société, au contraire, est considérée comme un puissant agent de production; elle n'a pas pour but la simple conservation, la stagnation, elle a été contractée pour faire prospérer le fonds commun, et elle arrive souvent à ce résultat; c'est bien assez pour légitimer l'exception que notre article a faite en sa faveur à la règle un peu tyrannique de l'article 815 *in fine*.

68. La dissolution de la société a pour effet, en laissant indivis entre les associés les biens composant le fonds commun, d'ouvrir pour chacun le droit de sortir d'indivision par un partage. La loi applique naturellement à ce partage les règles établies pour celui des successions, notamment en ce qui concerne sa forme et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers. V. art. 1872.

68 *bis*. I. L'article, dans sa disposition première qu'on peut considérer comme principale, renvoie aux règles concernant le partage des successions, et s'il s'était borné à cette simple formule, on ne saurait élever aucune difficulté sur la portée qu'il

doit avoir. Malheureusement le texte, en développant sa première expression, paraît en diminuer la compréhension. Il parle de la forme du partage et des obligations entre les cohéritiers, mais il ne dit pas qu'il faudra appliquer les règles sur les effets du partage; de là naît une question sur l'application de l'article 883, c'est-à-dire sur le point de savoir si l'effet du partage de société est déclaratif ou translatif de propriété.

Les raisons pratiques et économiques qui expliquent dans le droit moderne la disposition de l'article 883, ne rendent guère acceptable l'idée que le Code civil ait voulu attribuer au partage de société l'effet translatif quand tous les autres actes faisant cesser une indivision quelconque ont l'effet déclaratif. Quand l'article 1872 renvoie d'une manière générale aux règles sur le partage, il ne peut pas avoir immédiatement amoindri l'effet de ce renvoi. Si telle avait été son intention, il l'aurait manifestée bien simplement par l'addition d'un seul mot, en disant : les règles concernant le partage des successions *sur* la forme de ce partage et les obligations qui en résultent..... Au contraire, la rédaction n'indique pas une intention restrictive, le membre de phrase ajouté a plutôt une portée explicative; cela est facile à démontrer si l'on examine de près comment est distribué le chapitre du titre des successions qui traite du partage. Il comprend cinq sections, sur lesquelles la 2ᵉ et la 3ᵉ, qui traitent des rapports et du paiement des dettes, donnent des règles étrangères à la théorie proprement dite de l'indivision, règles régissant spécialement des relations entre cohéritiers; il est clair que l'article 1872 n'a pas voulu renvoyer à ces deux sections. La 1ʳᵉ section traite de l'action en partage et de sa forme, l'article 1871 ne rappelle que la 2ᵉ partie de cet intitulé, mais il est bien certain qu'il vise aussi l'action en partage. La section IV a pour rubrique : Des effets du partage et de la garantie des lots. C'est à celui-là que fait allusion l'article 1872, quand il parle des obligations entre cohéritiers. Rien ne rappelle la section V : De la rescision en matière de partage, et cependant on a toujours reconnu que le partage des sociétés était soumis aux causes de rescision qui menacent le partage des successions. Une observation du Tribunat a même fait supprimer du projet d'article une disposition qui refusait aux associés la rescision pour cause de lésion, seul cas de rescision qui ait un caractère exceptionnel. De tout cela résulte bien la preuve qu'on n'a pas voulu soustraire le partage des sociétés à la règle de

l'article 883, qui est la règle dominante de la matière des partages.

68 *bis*. II. La propriété du copartageant remonte donc à une époque antérieure au partage, à l'époque où a commencé l'indivision. En matière de succession, l'indivision commence au décès de l'auteur des copartageants; en matière de société, il faudra distinguer : pour les cas où la société est une personne, l'indivision ne commence qu'à la dissolution de la société; quand la société n'a pas de personnalité, l'indivision a existé pendant la société, c'est-à-dire depuis le moment où l'objet est entré dans le fonds social.

68 *bis*. III. Nous ferons toutefois observer que pendant la société il a pu être créé sur les biens sociaux des droits réels du chef de la société ; s'ils ont été constitués par quelqu'un qui en avait le droit, par exemple par un administrateur investi du pouvoir d'aliéner, ou par l'unanimité des associés quand il n'existe pas d'administrateur, ces droits réels ne tomberont pas par l'effet du partage, car le copartageant loti aura été, soit par lui-même, soit par son représentant, un des constituants de ce droit.

68 *bis*. IV. Parmi les règles en matière de partage, il en est une que nous appliquerons au partage des sociétés, c'est celle de l'article 841, qui établit un droit de retrait dans le cas où l'héritier a cédé à un étranger ses droits successifs. Notre solution s'appuie d'abord sur les raisons générales que nous avons données à propos de l'article 883; le renvoi de l'article 1872 est général; de plus, en renvoyant aux dispositions sur les formes du partage, on peut dire qu'il renvoie expressément à la section 1re du chapitre, et c'est dans cette section que se trouve l'article 841. Nous considérons en outre l'article qui consacre le droit de retrait, non pas comme une disposition introduite dans l'intérêt des familles, mais comme une règle inspirée par l'esprit qui a dicté l'article 1699 sur le retrait litigieux; le retrait dit successoral nous paraît une variété du retrait litigieux. Le partage est toujours envisagé par le législateur comme une sorte de litige donnant lieu à une action; et à cette opération peut très-bien s'appliquer le motif de paix publique qui a produit l'article 1699 destiné à éteindre des contestations.

Nous ajouterons que les associés peuvent avoir, dans bien des cas, un intérêt capital à écarter du partage les étrangers, car, lorsque la société aura fait des opérations commerciales ou industrielles, il sera dangereux de laisser un étranger, un concurrent peut-être,

s'immiscer dans le secret des affaires de la société, de ses relations commerciales et de ses procédés de fabrication.

Disposition relative aux sociétés de commerce.

69. Les principes du droit civil sur le contrat de société, quoique généralement applicables aux sociétés de commerce, ne s'y appliquent cependant que sous certaines modifications ou dérogations, introduites, soit par des lois spéciales, soit simplement par les usages du commerce. Notre Code lui-même subordonne expressément à ces lois ou usages les règles qu'il a ici établies. V. 1873, et à ce sujet C. comm., art. 18-64, et loi du 24 juillet 1867.

TITRE DIXIÈME.

DU PRÊT.

70. Le mot *prêt,* formé du latin *præstare,* indique la remise ou tradition d'une chose sans translation de propriété. Ce mot est spécialement appliqué dans notre langue à la communication officieuse qu'une personne fait de sa chose à une autre personne, pour que celle-ci l'emploie temporairement à son usage et la rende ensuite. Bien plus, comme l'aliénation des choses qui consistent en nombre, poids ou mesure, lorsqu'elle est faite à la charge de restituer pareille quantité et qualité, équivaut réellement à la concession du simple usage, on a étendu également à ce cas le nom de *prêt,* que notre Code semble même lui appliquer plus particulièrement.

Ainsi l'on confond chez nous, sous cette dénomination, deux contrats bien distincts, entre lesquels le droit romain n'établit de rapport que dans la manière de les former.

L'un (*commodatum*), que nous appelons aussi en français *commodat,* n'ayant vraiment pour objet que l'usage proprement dit, reçoit le nom de *prêt à usage.* Il est du reste évident qu'il ne peut s'appliquer qu'aux choses susceptibles d'usage sans consommation.

Quant à l'autre, seul applicable, mais non, comme la loi le donnerait à entendre, exclusivement borné aux choses qui se consomment par l'usage, c'est le contrat appelé en latin *mutuum,* que notre Code, d'après nos anciens auteurs, désigne sous le nom de *prêt de consommation,* ou qu'il appelle simplement *prêt.* V. art. 1874.

70 *bis.* Les choses qui se consomment habituellement par le premier usage peuvent être l'objet d'un *commodat* lorsque, d'après la convention des parties, l'usage que l'emprunteur doit en faire ne

les détruira pas. *Exemples :* un peintre emprunte un fruit ou une fleur pour la peindre, un changeur emprunte une pièce de monnaie étrangère pour l'exposer aux regards des passants. L'obligation de l'emprunteur ne porte plus alors sur une quantité, c'est-à-dire sur une chose considérée seulement quant à la classe d'êtres à laquelle elle appartient, mais sur un corps certain, une chose envisagée individuellement, comme ne se confondant avec aucune autre de la même espèce. L'emprunt est fait *ad pompam et ostentationem.*

La distinction entre le commodat et le prêt de consommation ou *mutuum* ne tient donc pas tant à la nature même des choses prêtées qu'à la volonté des parties. L'article 1874 peut être considéré comme exprimant cette pensée, si l'on sous-entend dans les deux phrases qui caractérisent les deux contrats de prêt les mots : d'après la volonté des parties.

71. Chacune des deux espèces de prêt fait l'objet d'un chapitre spécial. En outre, la stipulation d'intérêts soumettant le prêt de consommation à des règles particulières, le prêt à intérêt forme une sorte de contrat à part, auquel le Code consacre un troisième chapitre.

CHAPITRE PREMIER.

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT.

72. Ce chapitre et le suivant sont divisés en trois sections : la première contient les principes qui, en constituant la nature du contrat, servent à le distinguer des autres; les deux dernières comprennent en détail les engagements qui en résultent, soit de la part de l'emprunteur, soit de la part du prêteur.

SECTION I.

De la nature du prêt à usage.

73. Pour constituer le prêt à usage ou commodat, il faut: 1° qu'une des parties livre une chose à l'autre, car il n'y a pas

encore prêt tant que la chose n'est pas au pouvoir de l'emprunteur; c'est ce qui range le prêt dans la classe des contrats *réels* (1).

2° Il faut qu'on livre la chose pour s'en servir, ce qui distingue particulièrement le commodat du dépôt.

3° Il faut que la tradition soit faite à la charge de restitution, sans quoi il n'y aurait point prêt, mais donation.

4° La charge de restitution doit porter sur la chose même; ce qui distingue essentiellement le commodat du prêt de consommation.

Ces quatre conditions ressortent de la définition donnée par la loi. V. art. 1875.

5° Il faut que l'usage de la chose soit accordé gratuitement, car le commodat est essentiellement un contrat de bienfaisance; autrement il y aurait louage, ou, en tout cas, il n'y aurait plus *commodat*. V. art. 1876.

73 *bis*. Le contrat sera un louage si celui qui se sert de la chose paie un prix en argent; dans le cas contraire, ce sera un contrat innomé, ce qui n'a pas d'importance dans notre droit, puisque ces contrats se forment comme les autres, par le seul consentement, et qu'ils produisent les effets des contrats nommés avec lesquels ils ont le plus d'affinité.

74. Des principes ci-dessus il résulte que le commodat est un contrat réel et de bienfaisance, qui produit de la part de l'emprunteur une obligation, non pas unique, mais principale, celle de restituer. Nous verrons qu'il en naît aussi des engagements pour le prêteur; mais les obligations de celui-ci, n'étant qu'implicites ou incidentes, ne suffisent point pour attribuer au contrat le caractère de synallagmatique. Toutefois, il est de ceux que les auteurs appellent synallagmatiques imparfaits (2).

75. Remarquons ici que la loi n'indique pas comme condition essentielle du commodat, qu'il soit fait pour un temps

(1) V. t. V, n° 9 *bis*. II.
(2) V. t. V, n° 5 *bis*. II.

fixe ou pour un usage déterminé. Cette condition cependant est indiquée par la doctrine comme caractère distinctif du commodat et de la convention appelée *précaire* (v. à ce sujet *Ulp.,* L. 1; *Paul,* L. 14, D. *de prec.*). Mais cette convention paraît comprise par le Code sous le nom général de prêt à usage, et avec raison, car les différences substantielles que les principes du droit romain établissaient entre elle et le contrat de commodat n'ont aucune application à notre droit français.

A l'égard de diverses autres conventions, qui, en l'absence de quelqu'une des conditions constitutives du commodat, tiennent pourtant plus ou moins de sa nature, voyez, notamment, *Papin.,* L. 1, § 2; L. 17, § 2, D. *de præscr. verb.; Ulp.,* L. 10, § 1, D. *commod.*

75 *bis.* La convention de précaire se présentait en droit romain comme différente du contrat de commodat en ce que celui qui laissait sa chose entre les mains d'autrui se réservait la faculté de la reprendre à son caprice, à une époque quelconque. Sous ce rapport-là, il ne nous est pas difficile de confondre en droit français cette convention avec le contrat de commodat, c'est un commodat dans lequel les parties ont conventionnellement dérogé à l'article 1888.

D'autres différences existaient en droit romain entre le commodat et le précaire. La plus saillante consistait en ce que celui qui avait reçu la possession précaire avait la possession de la chose. Nous ne pouvons pas admettre qu'il en soit ainsi dans notre droit, qui n'admet pas la possession sans l'*animus domini.*

Pothier indique, dans son chapitre IV, d'autres conventions voisines du contrat de prêt et dans lesquelles il refuse de voir des commodats. *Exemple :* la convention avec une personne qui reçoit une chose pour l'apprécier ou pour l'essayer. Il avoue que ces conventions produisent des obligations semblables à celles qui naissent du prêt à usage, mais il les en distingue au point de vue de la responsabilité des fautes commises par l'emprunteur. Il nous est indifférent de faire ces distinctions, puisque aujourd'hui tous les débiteurs de corps certains sont soumis à une règle uniforme en ce qui touche leur responsabilité; ils doivent tous donner à la chose les soins d'un bon père de famille (art. 1137).

76. La tradition de la chose prêtée n'ayant pour objet que de procurer la faculté d'en user, il est certain que le prêteur demeure propriétaire. V. art. 1877. Ajoutons qu'il ne confère même pas à l'emprunteur le droit réel d'usage : il est seulement obligé à le laisser user.

77. Toute espèce de biens, par conséquent les immeubles comme les meubles (*Ulp.*, L. 1, § 1, D. *commod.*), peuvent être prêtés. Seulement, ici comme dans tout contrat, l'objet doit être dans le commerce (v. art. 1128); ce qui du reste n'exclurait pas le prêt de la chose d'autrui (*Paul*, L. 15; *Marcell.*, L. 16, D. *commod.*; v. à ce sujet art. 1938). En outre, la nature particulière du commodat ne permet pas de lui donner pour objet une chose qui se consomme par l'usage. V. art. 1878; et remarquez que par choses qui se consomment on doit entendre, non pas toutes celles dont c'est la destination ordinaire, mais seulement celles qui, dans l'espèce, n'auraient pas effectivement une autre destination (v. *Ulp.*, L. 3, § 6; *Gaius*, L. 4, D. *commod.*) (1).

78. On contracte en général pour soi et pour ses héritiers (art. 1122). Cette règle s'applique au commodat, en ce sens même que les héritiers de l'emprunteur peuvent continuer d'user de la chose.

Toutefois ce droit des héritiers, que la nature même du contrat de bienfaisance suffisait peut-être pour exclure d'une manière générale (v. *Cels.*, L. 12, § 1, *de prec.*), est avec grande raison refusé par la loi, *si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement*. V. art. 1879.

SECTION II.

Des engagements de l'emprunteur.

79. La principale obligation de l'emprunteur est celle de restituer; elle suffirait pour lui imposer celle de veiller à la

(1) V. *supra*, n° 70 *bis*.

garde et à la conservation de la chose (v. art. 1136), et d'y apporter les soins d'un bon père de famille (v. art. 1137). Cette dernière obligation doit s'appliquer ici d'autant plus rigoureusement, que le contrat intervient dans le seul intérêt de l'obligé (v. *Gaius*, L. 1, § 4, D. *de oblig. et act.*; *Ulp.*, L. 5, § 2, D. *commod.*; v. pourtant *Ulp.*, L. 5, § 10; *Gaius*, L. 18, D. *commod.*).

En outre, l'emprunteur, n'ayant d'autre droit que celui qu'il tient de la bienveillance du prêteur, doit renfermer strictement l'usage qu'il fait de la chose dans les limites qui lui sont tracées, soit par la convention expresse, soit par la convention tacite résultant à cet égard de la nature de la chose.

Il est clair que la négligence ou l'abus le rendrait passible de dommages-intérêts. V. art. 1880.

80. Toutefois l'emprunteur ne répond point en général des cas fortuits ou de la force majeure; ce qui est sans difficulté, lorsque l'accident qui détruit ou détériore la chose serait arrivé également chez le prêteur, et n'a point conséquemment le prêt pour cause. Mais l'application du principe n'est point bornée là : en effet, la faveur due au prêteur ne doit pas aller jusqu'à le soustraire aux risques auxquels il s'est volontairement exposé en prêtant la chose. Il ne peut donc, à moins d'une convention particulière, que rien n'autorise à supposer, se faire indemniser par l'emprunteur du tort que le prêt lui a occasionné, lorsque ce tort ne provient pas d'un fait imputable à celui-ci (v. art. 1147, 1148, 1302).

81. Les motifs indiqués pour soustraire l'emprunteur à la responsabilité ne subsistent plus lorsque c'est contre la volonté du prêteur qu'il employait la chose au moment où l'accident est survenu : soit qu'il en fît un usage contraire à la convention expresse ou tacite, soit qu'il continuât à s'en servir après l'expiration du temps accordé. Alors donc il répondrait même du cas fortuit. V. art. 1881; *Gaius*, L. 18, D. *commod.*

81 *bis*. I. La disposition rigoureuse de l'article 1881 nous paraît inspirée par une appréciation que Pothier emprunte au droit romain sur le caractère de l'acte commis par le commodataire, lorsqu'il

se sert de la chose pour un autre usage que celui pour lequel elle avait été prêtée ou lorsqu'il garde la chose pendant un temps plus long qu'il n'était convenu. Cet acte, d'après Pothier, est un vol (1), et c'est à cause de cela que l'article 1881 soumet son auteur à la responsabilité du cas fortuit.

Pothier, toutefois, ne tirait pas cette conséquence de l'idée qu'il avait émise, car lorsqu'il impose au commodataire la responsabilité, parce qu'il a fait de la chose un usage non autorisé, il suppose avec la loi romaine que l'accident ne serait pas survenu si l'on avait fait de la chose l'usage convenu (2). Pour ce qui est de l'usage trop prolongé et de ses conséquences au point de vue des risques, Pothier est moins rigoureux que le Code civil, il fait dériver la responsabilité du fait de la demeure, ce qui est la pure application des principes généraux (3).

81 *bis*. II. Le Code est donc plus sévère que Pothier, en ce qu'il considère l'emprunteur comme en demeure dès qu'il change l'usage de la chose et dès qu'il conserve cet usage après le terme fixé. C'est une raison pour ne pas exagérer encore cette rigueur et pour traiter dans les deux cas le commodataire comme un débiteur en demeure. Nous lui réserverons par conséquent le droit de prouver, dans les deux hypothèses, que la chose aurait également péri chez le créancier (art. 1302). La perte alors ne résulte pas même indirectement de la faute du débiteur.

81 *bis*. III. La solution équitable que nous donnons n'est pas en contradiction avec l'origine que nous avons assignée à l'article 1881. Si les rédacteurs du Code ont subi l'influence de la doctrine ancienne qui, dans les faits supposés par l'article 1881, trouvait les caractères du *furtum*, au moins n'ont-ils pas formulé positivement cette doctrine. Or, elle serait aujourd'hui inexacte; ces actes peuvent constituer des abus de confiance, ils ne sont pas des vols (art. 408, Code pénal). D'où il faut conclure qu'on ne pourrait pas leur appliquer la dernière disposition de l'article 1302, qui n'admet pas que le voleur puisse se décharger du cas fortuit même en prouvant que la chose eût dû périr chez le créancier. Nous avons, sur l'article 1302 justifié la disposition édictée contre le voleur, nous appuyant sur cette idée que la loi a dû protéger le propriétaire qui est devenu

(1) Pothier, *Traité du prêt à usage*, n° 21.
(2) Id., *ibid.*, n° 58.
(3) Id., *ibid.*, n° 60.

créancier malgré lui, sans avoir consenti à entrer en rapport d'obligation avec son débiteur (1), et la situation n'est pas du tout la même entre un prêteur et un emprunteur.

82. C'est vraiment faire de la chose empruntée un usage contraire à la convention, que de s'en servir, même suivant sa destination, quand on pouvait employer la sienne; c'en est assez pour que l'emprunteur réponde alors du cas fortuit; car c'est par sa faute que la chose n'en a pas été préservée. Bien plus, et quoiqu'il n'y ait pas indistinctement faute à sauver sa propre chose de préférence à la chose prêtée, quand on ne pouvait les sauver toutes deux, il suffit que l'emprunteur ait pu sauver la chose prêtée en sacrifiant la sienne, pour que le cas fortuit qui détruit celle-là, lui soit imputable, et conséquemment ne le libère pas (art. 1147). V. art. 1882; *Ulp.*, L. 5, § 4, D. *commod.*

82 *bis.* I. Il faut examiner séparément les deux hypothèses prévues par l'article 1882. La première surtout ne peut être soumise à la décision de l'article qu'avec quelques distinctions.

On suppose que l'emprunteur est propriétaire d'une chose propre au même usage que la chose empruntée, il emploie cette dernière, qui périt par accident pendant qu'il s'en sert. Les principes ne permettent pas de le soumettre dans tous les cas à la responsabilité de l'événement.

Quelle est en effet la règle dominante dont nos articles font des applications? Le commodataire est responsable de sa faute, il est en faute quand il mésuse de la chose, quand il s'en sert hors des termes de la convention.

Si donc le commodataire a un cheval et s'il en emprunte un autre, ce ne peut pas être pour se servir toujours du sien; c'est probablement pour les employer tour à tour, comme ferait un bon père de famille (art. 1137). S'il se sert dans ces conditions de l'animal prêté, il ne sort pas des termes du contrat et ne peut pas être soumis à la responsabilité du cas fortuit.

82 *bis.* II. La règle du Code se présente sous une forme trop générale, elle a cependant été écrite en vue d'hypothèses particulières, par exemple : 1° le cas où l'emprunteur a laissé ignorer au

(1) V. t. V, n° 259 *bis*.

prêteur qu'il possédait une chose pareille à celle qu'il empruntait et où par conséquent son but a été d'exposer aux périls la chose de son ami au lieu de la sienne propre (1); 2° le cas où ayant emprunté une chose pour s'en servir alternativement avec une autre qui lui appartient, le commodataire aurait toujours employé celle du prêteur, l'exposant ainsi à des risques plus fréquents.

82 *bis*. III. Dans ces hypothèses et d'autres semblables, la responsabilité de l'emprunteur dérive de sa faute, et la règle ne peut s'appliquer que sous cette condition. Il faut donc lire la première partie de l'article comme si elle était ainsi conçue : si la chose prêtée périt par un cas fortuit dont l'emprunteur aurait dû la garantir en employant la sienne propre.

82 *bis*. IV. La seconde espèce prévue par l'article 1882 est celle-ci : la chose prêtée a péri par cas fortuit dans un événement qui mettait également en danger des choses appartenant à l'emprunteur; celui-ci a sauvé les choses qui lui appartenaient, et la chose empruntée a été laissée exposée au danger.

82 *bis*. V. Certes, si l'emprunteur avait eu le temps de sauver aussi la chose prêtée et s'il avait négligé de le faire, il y aurait de sa part une faute caractérisée qui le rendrait responsable en vertu des principes précédemment posés. Ce n'est pas l'hypothèse de l'article; l'emprunteur n'avait pas le temps de sauver toutes les choses en danger, il a sauvé les siennes; celle du prêteur a péri; voilà le fait sur lequel la loi statue : elle décide que le commodataire est tenu de la perte de la chose prêtée. C'est une obligation particulière que l'article impose au commodataire; les principes n'exigent de lui que les soins d'un bon père de famille (art. 1137), il ne devrait donc être en faute que si un père de famille pouvait être considéré comme négligent parce qu'il aurait sauvé telle chose plutôt qui telle autre, celle qui ne vaut pas grand'chose plutôt que celle qui a une certaine valeur. L'article déroge à l'article 1137, premier alinéa; il étend l'obligation du commodataire conformément à l'article 1137, deuxième aliéna, en lui impoant l'obligation de préférer le salut de la chose empruntée au salut des choses qui lui appartiennent; c'est la rémunération du service amical que le commodant rend au commodataire.

82 *bis*. VI. Cette solution, du reste, se rattache aux règles générales

(1) Pothier, n° 59.

que nous avons déjà données : le commodataire répond du cas fortuit quand il est en faute, et il n'y a dans l'article qu'un côté exceptionnel, c'est que le commodataire est en faute là où le bon père de famille n'aurait pas à s'imputer une négligence; en effet, la loi lui impose une diligence toute particulière.

De ce que la responsabilité est fondée sur une faute, il faut déduire que si le commodataire n'a pas eu le temps nécessaire pour choisir les choses qu'il sauvait, s'il a retiré des flammes les premiers objets qui se trouvaient sous sa main, il n'est pas responsable de l'accident qui a détruit la chose prêtée (1). Le texte du Code confirme cette manière de voir, car il suppose que l'emprunteur a agi dans un esprit de préférence pour sa chose, ce qui implique qu'il a eu la liberté du choix entre une chose ou une autre.

83. Indépendamment de toute faute de l'emprunteur, il est tout simple qu'il réponde du cas fortuit, quand il s'est soumis à cette obligation (v. *Diocl.* et *Max.,* L. 1, Cod., *de commod.*). Mais on se demandait autrefois si cette soumission ne résultait point tacitement de ce que la chose aurait été estimée en la prêtant. La loi, dans le doute, admet cette supposition favorable au prêteur, mais bien entendu sauf convention contraire. V. art. 1883; *Ulp.,* L. 5, § 3, D. *commod.;* L. 1, § 1, D. *de æstimator.*

83 *bis.* Le code interprète la clause d'estimation dans le sens d'une convention mettant les risques à la charge de l'emprunteur. Ce n'était pas l'interprétation de Pothier (2). Il faut remarquer sur ce point que si le Code tranche la question dans le sens des jurisconsultes, qui s'appuyaient sur l'idée romaine que l'estimation vaut vente, il ne donne cependant point cette formule, à laquelle il fait allusion dans l'article 1551. Dès lors, il ne faut point attribuer à l'article 1883 plus de portée qu'il ne doit en avoir. Le contrat de prêt avec estimation ne rend pas l'emprunteur propriétaire de la chose, il ne l'autorise pas à restituer le prix d'estimation au lieu de la chose même, il prévoit seulement le cas de perte, et, mettant cette perte à la charge de l'emprunteur, il fixe le montant de l'indemnité qui sera due en pareil cas.

(1) V. Pothier, n° 56 *in fine.*
(2) Id., n° 63.

84. Nous avons reconnu que le prêt n'oblige pas à réparer généralement tout le tort qu'il peut occasionner. Ainsi l'emprunteur, s'il ne s'y est pas soumis, ne répond de la perte arrivée par cas fortuit, qu'autant que l'accident est précédé ou accompagné d'une faute de sa part. A plus forte raison n'est-il pas tenu de la détérioration survenue sans sa faute, par le seul effet de l'usage pour lequel la chose a été empruntée; car le prêteur, en permettant l'usage, a virtuellement consenti à cette détérioration. V. art. 1884; *Pomp.,* L. 23, D. *commod.*

84 *bis*. I. Quand le commodataire a accepté par convention les risques de la chose, la perte partielle est à sa charge comme la perte totale, sauf la perte qui ne serait qu'une détérioration résultant naturellement de l'usage conforme à la convention de prêt.

84 *bis*. II. Parmi les cas où le commodataire s'est chargé de la responsabilité du cas fortuit, nous avons placé celui où la chose a été estimée. De là nous tirons cette conséquence que les pertes partielles ou détériorations seront subies par le commodataire; mais pour observer jusqu'au bout la convention d'estimation, nous dirons que l'estimation ayant fixé le chiffre de l'indemnité due en cas de perte totale, la perte partielle devra être appréciée en proportion du chiffre qui représentait, d'après la convention, le prix total; l'indemnité pour une perte partielle sera fixée proportionnellement à l'indemnité fixée pour le cas de perte totale, et non pas proportionnellement à la valeur qu'une expertise pourrait fixer comme étant celle de la chose entière au moment de la perte. En un mot, c'est une *ventilation* qu'il faudra faire.

85. La principale obligation de l'emprunteur est, comme on l'a dit, celle de restituer. Il abuserait d'un bienfait s'il retenait la chose, sous quelque prétexte, après l'expiration du temps fixé. Il ne peut par conséquent la retenir par compensation de ce que le prêteur lui doit. V. art. 1885, et à ce sujet art. 1293-2°.

Remarquons, au surplus, qu'il n'était pas besoin d'une disposition particulière pour exclure ici la compensation légale, qui ne s'applique point aux dettes de corps certains (art. 1291).

La loi a donc probablement une autre intention, celle de refuser en général le droit de retenir en nantissement jusqu'au paiement.

85 *bis*. I. L'article 1885 répète sous une autre forme ce que le législateur a déjà dit au titre des contrats (1293-2°), et nous avons déjà montré sur cet article 1293 (1) que la règle du Code n'avait pas un caractère exceptionnel, qu'elle était la conséquence nécessaire du principe qui n'admet la compensation qu'entre deux dettes de quantité. Le commodataire est toujours un débiteur de corps certain, c'est ainsi que Pothier justifie, dans son traité du prêt, la décision qu'a reproduite l'art. 1885 (2).

85 *bis*. II. Il ne faut donc pas chercher un sens particulier à l'article 1885, il contient la répétition d'une solution déjà donnée par le législateur. Il ne cache pas, par exemple, comme le suppose M. Demante, la prohibition de retenir la chose prêtée en nantissement de quelque dette du prêteur envers l'emprunteur. Ce serait bien encore une disposition inutile, car le nantissement est un contrat, il ne peut pas se former à l'insu des parties, et il ne pourrait être tacite que s'il existait sur ce point une décision spéciale de la loi, comme celle de l'article 2082.

85 *bis*. III. Nous avons dit également sur l'article 1293 que la loi n'interdit pas la compensation de l'obligation de l'emprunteur quand elle est convertie en obligation des dommages et intérêts. C'est également ce que dit Pothier; seulement, comme il faut tenir compte de la règle qui interdit la compensation légale quand les deux dettes ne sont pas liquides, il faut admettre que la dette de l'emprunteur ne devient susceptible de compensation qu'à partir du jugement qui prononce la condamnation (3).

85 *bis*. IV. Notre théorie sur le droit de rétention nous conduit à accorder ce droit au commodataire pour la garantie des créances qu'il a contre le prêteur s'il a fait des dépenses dans l'intérêt de celui-ci et à l'occasion de la chose prêtée. Il ne s'agit pas de la compensation, et le fondement du droit de rétention n'est ni dans l'article 1293, ni dans l'article 1885 (4).

(1) V. t. V, n° 244 *bis*. III et s.
(2) Pothier, n° 44.
(3) V. t. V, n° 244 *bis*. V.
(4) V. sur le droit de rétention, t. IX, n° 5 *bis*. II-VI.

86. La loi se tait sur la personne à laquelle la chose doit être restituée, et sur le lieu où la restitution doit s'opérer. Il est évident que la question dès lors est entièrement régie par les principes généraux. Toutefois, il est naturel de se guider dans l'application de ces principes par les dispositions analogues du titre du dépôt, en ayant seulement égard à la diverse nature des deux contrats.

Quant à la personne, on ne voit aucune raison pour ne pas appliquer les articles 1937-1941.

Quant au lieu, il faut s'en tenir uniquement aux articles 1247 et 1248; l'application en est faite au dépôt par les articles 1942 et 1943; mais appliqués au prêt, ils doivent amener un résultat tout opposé.

87. En permettant à l'emprunteur l'usage de sa chose, le prêteur ne s'oblige pas à la mettre en état de servir; si donc, pour en user, l'emprunteur est forcé à quelque dépense, il doit en supporter la charge sans répétition. V. art. 1886. Cette charge, au reste, quoique énoncée ici parmi les engagements de l'emprunteur, ne doit pas se confondre avec une obligation ou engagement proprement dit.

87 *bis*. Il est certain, comme le dit M. Demante, que l'article 1886 n'impose pas une obligation au commodataire au profit du prêteur, il lui refuse un droit. Cependant, il faut bien comprendre que le commodataire, tenu de veiller à la conservation de la chose comme un bon père de famille, est par là même obligé envers le prêteur à faire les dépenses ordinaires de conservation, et s'il laissait l'animal mourir de faim, il serait obligé à des dommages et intérêts, parce que la perte lui serait imputable.

88. Le prêt peut être fait à plusieurs personnes conjointement; chacune alors contracte les engagements qui viennent d'être expliqués. Quoique ces engagements ne soient pas de leur nature indivisibles (v. *Ulp.*, L. 3, § 3, D. *commod.*), la loi suppose, dans l'intérêt du prêteur, qu'il n'a point entendu diviser la responsabilité entre ceux auxquels il confie sa chose; il impose donc à tous solidairement cette responsabilité. V. art. 1887, v. à ce sujet *Ulp.*, L. 5, § 15, D. *com-*

mod.; Papin., l. 9, D. *de duob. reis;* v. pourtant *Afr.,* L. 21, § 1, D. *commod.* (1).

SECTION III.

Des engagements de celui qui prête à usage

89. Nous avons déjà dit que les obligations du prêteur ne sont qu'implicites ou incidentes. Les unes s'induisent du consentement qui accompagne la tradition (art. 1888, 1889); les autres naissent de l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 1890), et qui prescrit de réparer le tort que l'on a causé (art. 1891).

90. Le prêteur, en remettant volontairement sa chose à l'emprunteur pour qu'il s'en serve, s'interdit par là même la faculté de troubler par son propre fait l'usage qu'il a permis. Conséquemment, lorsque le prêt est fait pour un certain temps, ou pour un usage déterminé, le prêteur ne peut réclamer la chose avant le temps fixé, ou, s'il n'y en a pas, avant que le besoin pour lequel l'emprunt a eu lieu ait cessé. V. art. 1888; *Ulp.,* L. 5, § 8; *Paul,* L. 17, § 3, D. *commod.*

91. Le besoin même que le prêteur aurait de sa chose ne l'autoriserait pas, en général, à la réclamer avant le temps. Et toutefois, comme il est naturellement censé ne l'avoir prêtée que dans la supposition qu'il pourrait s'en passer, si le besoin qui lui survient est un besoin pressant et imprévu, il peut en obtenir la restitution. A cet égard, au reste, le juge doit se déterminer d'après les circonstances; ce qui autorise à prendre aussi en considération le préjudice que ferait éprouver à l'emprunteur une restitution immédiate. V. art. 1889.

91 *bis.* Les dispositions des articles 1888 et 1889 appartiennent plutôt à la section qui traite des obligations de l'emprunteur, car elles déterminent dans quels cas le prêteur peut agir, et ce n'est que par un artifice de langage qu'on peut dire : le créancier est obligé à

(1) V. t. V, n° 135 *bis.* II.

ne pas agir avant le terme; l'absence d'un droit ne constitue pas une obligation.

92. Le prêteur, qui demeure propriétaire de la chose, doit naturellement supporter les dépenses relatives à sa conservation. Ainsi, lorsque les dépenses de ce genre ont été faites par l'emprunteur, il est juste de lui en accorder la répétition. Toutefois, il est évident que la règle ne s'applique pas aux dépenses ordinaires, qui sont une charge naturelle du service que l'emprunteur tire de la chose (v. art. 1886). Quant aux dépenses extraordinaires, c'est au propriétaire à juger de leur utilité, suivant sa convenance particulière; et l'emprunteur ne peut en général se permettre de les faire ou de les ordonner pour lui. Il n'y a que la nécessité qui exclue la question de convenance; et cette nécessité même, un tiers ne doit point s'en rendre juge, lorsqu'il a le temps d'en référer au propriétaire. Cela posé, quatre conditions sont requises pour que l'emprunteur puisse, *en cette qualité,* répéter ses dépenses. Il faut : 1° qu'elles tendent à la conservation de la chose; 2° qu'elles soient extraordinaires; 3° qu'elles soient nécessaires; 4° qu'elles soient urgentes. V. art. 1890.

93. Un service ne doit point cacher un piége. Si donc le prêteur connaît quelque danger auquel l'usage de la chose puisse exposer l'emprunteur, il est tenu de l'en avertir, à peine de demeurer responsable du préjudice. La loi applique particulièrement cette responsabilité aux défauts de la chose prêtée. V. art. 1891; *Gaius,* L. 18, § 4, D. *commod.*

CHAPITRE II.

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT.

94. Les choses qui se consomment par l'usage n'étant pas susceptibles d'être prêtées pour être rendues en espèces, et ne pouvant conséquemment faire l'objet d'un commodat, il a

bien fallu, pour réaliser à leur égard l'intention bienveillante qui porte une personne à se priver temporairement de sa chose au profit d'un autre, avoir recours à une autre espèce de contrat, où la concession temporaire du simple usage est remplacée par l'aliénation, à la charge de restituer en équivalent. Telle a été probablement l'origine du contrat appelé par les Romains *mutuum;* telle est certainement, du moins, l'idée que fait naître le nom de *prêt de consommation,* sous lequel cette convention est désignée dans notre droit.

SECTION I.

De la nature du prêt de consommation.

95. De même que le commodat, le prêt de consommation consiste dans une tradition faite à la charge de rendre; mais la tradition et la restitution, au lieu de porter sur une ou plusieurs choses individuellement déterminées, ont pour objet une certaine quantité, c'est-à-dire un certain nombre, un certain poids ou une certaine mesure de choses déterminées seulement quant à leur espèce et leur qualité; ce sont, au moins en général, des choses qui se consomment par l'usage, c'est-à-dire des choses dont l'emprunteur ne pourrait faire l'usage qui lui est permis, sans les détruire, sans les dépenser, ou sans les mettre, à certains égards, hors de service. V. art. 1892.

96. Les choses ainsi prêtées n'étant point destinées à être rendues *in specie,* l'emprunteur acquiert naturellement le droit d'en disposer comme bon lui semble, sous la condition d'en rendre l'équivalent. Ainsi il devient propriétaire (art. 1893). Bien plus, il faut en principe qu'il le devienne pour contracter obligation; autrement, le but qu'on se propose dans le contrat ne pourrait être rempli, et l'obligation n'aurait pas de cause. V. *Paul,* L. 2, § 2, D. *de reb. cred.;* et à ce sujet le même *Paul,* L. 2, § 4, *eod.; Just.,* Inst., § 2, *quib. al. lic.;* v. pourtant le même *Just.,* d. § 2, versic. *sed si; Jul.,*

L. 19, § 1, D. *de reb. cred.;* v. aussi art. 1238, al. dern., 2279.

96 *bis.* I. La définition du prêt de consommation que le Code emprunte à Pothier (n° 1), en la modifiant quelque peu, mérite certaines observations. En premier lieu, on peut regretter que le Code n'ait pas accentué comme Pothier le caractère principal du contrat, il *transfère* la propriété; le Code a employé une expression moins précise en disant que le prêteur *livre* la chose, c'est la conséquence de la confusion qui apparaît dans le chapitre sur l'obligation de donner, entre cette obligation et celle de livrer, qui en est la conséquence (art. 1138-1140). Mais la pensée de la loi n'est pas douteuse; car l'article 1893 dit que l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée.

96 *bis.* II. La seconde observation est plus sérieuse; dans la définition du Code, comme dans celle de Pothier, on trouve que le prêt de consommation a pour objet des choses qui se consomment par l'usage. Ce n'est là que la constatation d'un fait qui se produit le plus souvent, c'est pour cette espèce de choses qu'apparaît la nécessité d'un prêt translatif de propriété; si le contrat n'avait pas cet effet, il ne procurerait pas à l'emprunteur l'utilité qu'il prétend retirer de la chose. Toutefois, il ne faut pas prendre à la lettre la définition légale. On peut supposer que des parties conviennent, à propos d'un objet qui ne se consomme pas *primo usu,* que l'emprunteur en devient propriétaire et qu'il rendra un objet pareil; c'est par exemple un meuble meublant, une table, un fauteuil, ou bien un livre, toutes choses qui se détériorent par l'usage, mais ne se détruisent pas *primo usu.* La convention a certes sa raison d'être à cause des détériorations possibles, elle est incontestablement licite, et il faut y voir un *mutuum,* car c'est un prêt, et un prêt qui n'a aucun des caractères du commodat.

C'est ici le lieu de répéter ce que nous avons dit au n° 70 *bis* : la distinction entre le commodat et le prêt de consommation ne tient pas tant à la nature même des choses prêtées qu'à la volonté des parties, et qu'à la manière dont la convention considère l'usage qui peut ou doit être fait de la chose.

96 *bis.* III. Puisque le contrat de *mutuum* suppose une translation de propriété de la chose prêtée, il est clair qu'il n'est pas formé quand le prêteur a livré des choses appartenant à autrui ou quand il était

incapable d'aliéner. Dès lors, en principe, le prétendu emprunteur n'est qu'un détenteur d'une chose d'autrui qui a conservé son caractère de corps certain, et il est exposé à une revendication de la part du vrai propriétaire.

Il faut toutefois tenir compte, d'abord des effets du principe moderne qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et secondement des conséquences d'un fait qui se produira très-fréquemment, la consommation des choses qui ont été l'objet de la convention.

96 *bis*. IV. L'application de la règle : en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279), aura pour conséquence que l'emprunteur qui aura reçu de bonne foi des choses prêtées *a non domino* en sera devenu propriétaire et ne craindra pas l'action en revendication, à moins qu'il ne s'agisse de choses perdues ou volées, qu'il retirera donc du contrat tous les avantages qu'il en attendait. On peut dire dès lors que le contrat de prêt a été valablement formé, car, par la combinaison des principes du droit, il a rendu l'emprunteur propriétaire, bien que le prêteur n'eût pas cette qualité, et l'article 1893 n'exige pas autre chose que cette condition : l'emprunteur doit devenir propriétaire.

Si le contrat est valablement formé, le prêteur est devenu créancier, et l'ancien propriétaire, dépouillé par l'application de l'article 2279, n'a pas d'action contre l'emprunteur, puisqu'il n'a plus l'action en revendication et qu'il ne saurait avoir l'action personnelle, ayant été étranger au contrat qui a fait naître cette action.

96 *bis*. V. D'après ce que nous venons de dire sur l'hypothèse où l'emprunteur a reçu de bonne foi la chose d'autrui, nous n'avons pas à nous occuper dans ce cas du fait de la consommation des objets ; puisque la mise en possession garantissait l'emprunteur contre l'action du vrai propriétaire, le fait de la consommation n'a pas changé sa situation.

Mais quand l'emprunteur a reçu de mauvaise foi, c'est-à-dire sachant que la chose n'appartenait pas au prêteur, il n'est pas protégé par la règle de l'article 2279, et, nous l'avons dit, il est exposé à une action en revendication. Cette action devient impossible quand les choses ont été consommées, *extinctæ res vindicari non possunt;* alors naîtra une action personnelle. Les Romains la qualifiaient de *condictio;* elle était fondée sur l'enrichissement advenu sans

cause à l'emprunteur (1); nous l'appuierons tout simplement sur l'article 1382 : en recevant sciemment et en consommant la chose d'autrui, l'emprunteur a causé par sa faute un dommage dont il doit la réparation; l'action nous paraît être une action en dommages et intérêts.

96 *bis*. VI. Il reste une hypothèse à examiner. La chose prêtée était une chose perdue ou volée, d'où il résulte que la possession de bonne foi ne protégeait pas l'emprunteur contre la revendication, mais elle a été consommée de bonne foi par cet emprunteur : la revendication devient impossible, et l'action en dommages et intérêts n'a plus de base; il faut alors décider que le vrai propriétaire n'a de recours que contre le prêteur, et que celui-ci peut agir en vertu du contrat contre l'emprunteur, puisque la convention viciée dans son principe a procuré à l'emprunteur le même avantage que si elle avait été pure de tout vice.

97. L'emprunteur devenant propriétaire des choses prêtées, et n'en devenant pas débiteur *in specie*, il est évident que ces choses sont entièrement à ses risques. V. art. 1893.

97 *bis*. C'est parce que l'emprunteur est débiteur de quantité que les risques de la chose qu'il a reçue sont à sa charge. A bien dire, la chose due ne peut pas périr, *genera non pereunt*. La question de risques ne peut donc pas s'élever, car cette question ne se pose pas sur le point de savoir d'une façon abstraite qui souffre quand un objet vient à périr, mais elle suppose qu'un objet est dû puisqu'il périt, et elle porte sur le point de savoir qui du débiteur ou du créancier subira les conséquences de cette perte. Dans l'hypothèse de l'article, les objets reçus par l'emprunteur ont péri, mais ils ne sont pas la chose due, donc il n'y a pas à se préoccuper de la théorie des risques (2).

98. Les choses prêtées étant en général destinées à être consommées; et, d'un autre côté, les choses à restituer devant être prises dans le même genre, et les représenter exactement, on conçoit que s'il existait dans la nature un genre dont les individus ne fussent nullement susceptibles de se remplacer les uns par les autres, les choses de ce genre ne pourraient

(1) V. M. Accarias, *Précis du droit romain*, t. II, p. 483. Édit. 1880.
(2) V. t. V, n° 58 *bis*. II-IV.

être l'objet du *mutuum*, et que le commodat serait alors la seule espèce de prêt qui pût leur être expliquée. V. art. 1894, qui consacre toutes ces conséquences avouées par la raison, mais dont au reste il faut bien se garder de prendre les termes à la lettre.

Ainsi, c'est mal à propos, selon nous, que l'on voudrait trouver dans la nature des choses une règle invariable sur leur fongibilité, qui dépend principalement de leur destination. Mal à propos, surtout, voudrait-on, par application de cette règle, et parce que la loi cite les animaux pour exemple de choses qui diffèrent dans l'individu, déclarer tous les animaux non fongibles. Enfin il serait aussi contraire aux principes qu'à la droite raison, qu'une chose, fongible ou non, donnée à titre de prêt de consommation, pût, contre l'intention des parties, devenir l'objet d'un prêt à usage.

Tout ce qu'il est permis de conclure des termes de la loi, c'est : 1° qu'il y a en effet dans la nature des espèces dont les individus sont entre eux fort différents; 2° qu'à ces espèces, qui comprennent à peu près tout ce qui ne se consomme pas par l'usage, appartiennent en général les animaux; 3° que si des choses appartenant à ces espèces sont données à titre de prêt, on devra facilement supposer aux parties l'intention de faire un prêt de consommation.

Quoi qu'il en soit, la grande règle à cet égard sera toujours de considérer si les choses prêtées l'ont été individuellement, ou si, au contraire, elles l'ont été au poids, au compte ou à la mesure.

98 *bis*. La disposition de l'article 1894 se lie intimement à celle de l'article 1892. Elle doit être comprise sous la réserve des principes que nous avons posés en donnant la définition du *mutuum*. Ainsi, bien que l'article apparaisse sous une forme prohibitive, on ne doit pas lui attribuer la vertu d'interdire tout prêt de consommation ayant pour objet des animaux. La volonté est souveraine, nous l'avons dit, et s'il plaît aux parties de convenir que celui qui a reçu un objet ne se consommant pas par l'usage rendra un autre objet de la même espèce, il n'y a aucune raison, soit morale, soit

économique, soit politique, de traiter la convention comme illicite. Interdire des conventions semblables, ce serait empêcher des opérations essentiellement pratiques et usuelles. Pourquoi des marchands de moutons ne se prêteraient-ils pas en *mutuum* cinquante ou cent moutons? et les marchands de volailles, et les marchands d'huîtres? Ne voit-on pas, par ces exemples, que s'il est des animaux qui sont nécessairement envisagés comme des individus, des corps certains, parce qu'on considère avant tout leurs qualités individuelles, il en est d'autres qui sont traités tout simplement, comme des unités appartenant à une certaine classe d'êtres? on les apprécie *numero,* au cent ou même à la douzaine.

Comprenons donc l'article dans un sens raisonnable, il ne porte pas atteinte à la liberté des conventions, il donne une règle d'interprétation; lorsque le prêt a pour objet des animaux, on présume le commodat. Voilà toute la règle, mais nous y ajoutons, en vertu des principes, qu'on pourra démontrer que la volonté était de faire un *mutuum*.

99. L'obligation qui résulte du prêt consiste bien toujours à rendre une même quantité de choses de la même espèce; mais cette obligation s'applique diversement suivant que le prêt a pour objet de l'argent monnayé, ou toute autre espèce de chose fongible (articles 1895-1897).

100. Quoique la valeur nominale de l'argent monnayé doive en général être en rapport avec le poids et le titre du métal dont il est formé, la loi, considérant la monnaie plutôt comme le signe public de la valeur qui y est attachée par le souvérain, que comme ayant en elle-même sa valeur, eu égard au poids et au titre, suppose que le prêt en argent n'a pour objet que la somme numérique portée au contrat.

Il s'ensuit naturellement que la restitution ne peut être exigée en mêmes espèces, mais en espèces quelconques produisant la même somme.

Bien plus, quelque iniquité qui puisse résulter de l'application de cette règle en cas d'augmentation ou de diminution d'espèces, à cause de l'augmentation ou diminution proportionnelle qui pourrait alors se faire sentir dans le prix de tout ce qui est dans le commerce, la loi veut que nonobstant cette variation

l'obligation soit toujours de la somme numérique prêtée, et qu'elle s'acquitte en espèces ayant cours au jour du paiement. V. art. 1895, et à ce sujet *Papin.,* L. 94, § 1, D. *de solut.; Paul,* L. 1, D. *de contr. empt.*

100 *bis*. I. La monnaie, dans la constitution économique actuelle de notre société, n'a pas seulement une valeur commerciale dépendant des conditions de l'offre et de la demande sur les métaux précieux, elle a une valeur légale, puisqu'elle a cours forcé dans les paiements (art. 475-11° C. pénal). Notre article 1895 contient une application de cette idée (1). Il interprète la convention des parties en ce sens que l'emprunteur, ayant reçu en espèces monnayées un certain nombre d'unités monétaires (francs), doit rendre le même nombre d'unités monétaires en espèces, d'après leur valeur légale. C'est ce qu'exprime l'article quand il parle de la somme numérique énoncée au contrat, il oppose certainement la somme composée d'un certain nombre d'unités monétaires, représenté par des espèces, à la masse d'or ou d'argent appréciée d'après son poids.

100 *bis*. II. Le deuxième paragraphe de l'article montre les conséquences du principe posé dans le premier. Il suppose que les espèces ont diminué ou augmenté entre l'époque du contrat et celle du paiement. C'est-à-dire que la quantité de pièces de monnaie représentant légalement un certain nombre d'unités monétaires peut avoir, à un jour donné, une puissance plus grande ou moins grande que celle qu'elle avait à une autre époque.

Cet événement peut résulter de la rareté ou de l'abondance du métal ou des métaux dont se composent les pièces de monnaie. Quand le numéraire est rare, il est demandé; quand il est abondant, il est offert; dans le premier cas, une pièce d'or ou d'argent s'échangera contre une plus grande quantité de marchandise; dans le second, contre une moindre; c'est la valeur commerciale de la monnaie qui augmente ou qui diminue.

Le Code ne tient pas compte de ces oscillations dans la valeur commerciale de la monnaie; l'emprunteur doit rendre la somme numérique prêtée, et il ne doit que cela. C'est la règle qui régit les rapports entre tous les créanciers et débiteurs de quantités; si

(1) V. M. Cauwes, *Précis du cours d'économie politique,* t. Ier, p. 460, 461. Édit. 1878.

vous avez promis cent hectolitres de blé ou de charbon de terre, la hausse ou la baisse qui se produit sur ces marchandises, par l'effet de leur rareté ou de leur abondance, ne modifie en rien l'obligation, la quantité à fournir reste la même. Il y a là une *alea* dans les rapports entre créanciers et débiteurs, comme il en existe une entre les créanciers et débiteurs de corps certains, soumis d'abord aux chances d'amélioration ou de détérioration de l'objet dû et courant aussi les chances de hausse ou de baisse. Le débiteur de somme d'argent a promis une certaine quantité de pièces de monnaie, il doit la fournir, mais il ne doit que cela, quelle que soit la rareté ou l'abondance du numéraire, comme celui qui a promis un certain nombre d'hectolitres de charbon doit les livrer à tout événement.

100 *bis*. III. Il y a une autre cause d'augmentation ou de diminution des espèces monétaires. C'est la volonté du législateur, qui peut modifier la composition des pièces de monnaie en augmentant la quantité de métal précieux que contient une pièce ou en diminuant cette quantité, tout en lui laissant la même valeur légale. De ces deux opérations, la dernière a été pratiquée assez souvent dans les temps anciens.

Il est clair qu'une altération de la monnaie ne peut pas avoir un effet sérieux en ce qui touche les affaires nouvelles qui se feront postérieurement à la transformation de la monnaie. Quand elle contiendra plus de métal précieux, le détenteur de la pièce, quel que soit son nom, demandera plus de marchandise, et si elle contient moins de métal, les détenteurs de marchandises demanderont plus de pièces nouvelles qu'ils ne demandaient de pièces anciennes pour la même quantité de marchandises.

Néanmoins, la transformation de la monnaie aura un effet, et un effet désastreux, par rapport aux affaires déjà engagées. Si l'on avait augmenté la quantité de métal fin, les débiteurs auraient à donner plus qu'ils n'avaient compté payer, et si l'on a diminué cette quantité, les créanciers recevraient moins que ce qu'ils avaient juste sujet d'attendre. Il y aurait, dans l'un et dans l'autre cas, spoliation; mais ce n'est pas au Code civil qu'il faudrait reprocher cette iniquité, elle serait l'œuvre du législateur qui aurait transformé la monnaie, et la transformation n'aurait pas eu d'autre but. Par conséquent, alors même que le Code civil serait resté muet sur ce point, le législateur qui aurait altéré les monnaies n'aurait pas

manqué de déclarer que les nouvelles pièces avaient cours forcé à leur valeur nominale.

100 *bis.* IV. Les rédacteurs du Code civil ont bien pu penser à des dispositions législatives d'une époque bien rapprochée de la leur, où, sans altérer les monnaies proprement dites, on avait créé du papier-monnaie, donné aux *assignats* un cours forcé sur le pied de leur valeur nominale, et ils savaient bien par expérience que quand des mesures financières de cette nature sont jugées nécessaires, il n'est pas de loi antérieure qui puisse gêner la toute-puissance du législateur.

100 *bis.* V. Nous avons toujours réservé les effets des conventions formelles, nous dirons donc que les parties pourraient stipuler la restitution d'un certain nombre de pièces du même poids et au même titre que les pièces prêtées, le prêt serait alors considéré comme un prêt en lingots.

Le même principe conduit à autoriser la clause par laquelle l'emprunteur renoncerait à se prévaloir de toute loi qui donnerait cours forcé à des billets de banque. Seulement, le législateur prudent pourrait édicter que le cours est forcé, nonobstant toute convention contraire, et la clause du contrat perdrait toute sa valeur, sinon en conscience, au moins au point de vue légal.

101. Le motif qui a dicté la règle ci-dessus ne s'appliquant point au métal en lingots, le prêt fait en lingots n'y serait évidemment pas compris. V. art. 1896.

102. A l'égard donc des lingots, et généralement à l'égard des denrées, c'est-à-dire de toutes choses fongibles autres que l'argent monnayé, l'objet de l'obligation, ce sont des choses égales en quantité et qualité à celles qui ont été prêtées. Ainsi, quelque changement qui survienne dans leur valeur estimative, on doit toujours et uniquement rendre la même quantité et qualité. V. art. 1897.

103. Des principes exposés il résulte que le prêt de consommation est un contrat réel, qui n'est parfait que par la tradition, bien plus, que par une tradition translative de propriété. Ce contrat est de bienfaisance, car à moins d'une stipulation d'intérêt, qui en changerait le but et la nature, le prêteur ne recouvre, après un certain temps, que l'équivalent exact

de ce qu'il a donné, sans indemnité pour la privation temporaire qu'il a subie. Enfin il est unilatéral, car il ne produit qu'une obligation principale, celle de la restitution imposée à l'emprunteur. Toutefois il impose au prêteur quelques obligations implicites auxquelles le Code a même consacré une section; mais comme il ne peut, en raison même de la translation de propriété de la chose prêtée, donner lieu aux obligations incidentes qui, dans le commodat et dans beaucoup d'autres contrats, ont plus particulièrement donné lieu à l'introduction des actions contraires, il n'a jamais été considéré comme synallagmatique imparfait.

SECTION II.

Des obligations du prêteur.

104. Les obligations du prêteur sont ici absolument du même genre, et reposent sur les mêmes principes que celle que contracte implicitement le prêteur à usage. Elles sont relatives à la garantie des défauts cachés (art. 1898) et au délai de la restitution (art. 1899-1901).

104 *bis*. Le Code, en consacrant une section aux obligations du prêteur, semble considérer le prêt comme un contrat synallagmatique. Cet aperçu serait inexact; le contrat, n'existant comme prêt qu'après la dation, n'impose pas par lui-même d'obligation au prêteur. Des deux obligations dont parle la section, l'une, celle qui consiste à ne pas pouvoir agir avant le terme, n'est qu'une restriction conventionnelle du droit du prêteur; l'amoindrissement ou la négation d'un droit ne constitue pas une obligation; l'autre obligation, qui est consacrée par l'article 1898, ne résulte pas du contrat, mais d'un dol ou au moins d'une faute, et s'appuie sur l'article 1382.

105. Quant à la garantie, la règle est absolument la même que dans le commodat. Voy. art. 1898, et à ce sujet art. 1891.

106. Pareillement, le prêteur est obligé d'observer le délai qu'il a accordé à l'emprunteur pour la restitution. V. art. 1899.

106 *bis*. Il n'y a pas lieu d'appliquer en matière de *mutuum* la règle écrite dans l'article 1889 pour le cas de commodat. Les situations sont bien différentes, le commodataire doit avoir la chose à sa disposition, il n'a que le droit de s'en servir, la restitution anticipée ne lui est donc pas impossible; mais l'emprunteur à titre de *mutuum* a reçu du contrat le droit de consommer la chose; c'est de l'argent, par exemple, il l'a employé, il n'en a plus à sa disposition, et il a dû compter sur le délai accordé pour économiser ou gagner par son travail la somme promise. Le préjudice que lui causerait la nécessité d'un remboursement anticipé serait hors de proportion avec celui qu'impose au commodataire la restitution prématurée de la chose empruntée.

107. En l'absence d'un terme, il est clair que la restitution est en général exigible à la volonté du prêteur; et néanmoins, comme celui-ci est toujours censé avoir tacitement accordé un temps suffisant pour que l'emprunteur puisse, après la consommation qui lui est permise, se procurer les choses qu'il devra rendre, le juge est ici spécialement autorisé à accorder un délai plus ou moins long, suivant les circonstances. V. art. 1900, dont la disposition ne doit pas être confondue avec celle de l'article 1244.

108. Si la nature du contrat ne permet pas de soumettre à une restitution immédiate l'emprunteur qui n'a stipulé aucun délai, elle ne permet pas davantage d'abandonner entièrement à sa discrétion l'accomplissement de son obligation. Aussi, dans le cas même où la convention porterait uniquement pour terme qu'il payera, *quand il pourra*, ou quand *il en aura les moyens*, le juge doit lui fixer un terme suivant les circontances. V. art. 1901.

SECTION III.

Des engagements de l'emprunteur.

109. Nous savons déjà que le prêt a pour effet nécessaire d'obliger l'emprunteur à rendre les choses prêtées en même quantité et qualité (art. 1892, 1893, 1897). Cette restitution

doit, comme de raison, se faire au terme convenu; ajoutons, ou s'il n'y a pas à cet égard de convention expresse, à la première réquisition du prêteur; sauf, bien entendu, l'application des articles 1900 et 1901. V. art. 1902.

109 *bis.* L'article néglige de dire en quel lieu le paiement doit être fait. Il n'est touché à cette question que dans l'article suivant, où elle n'est traitée qu'incidemment. Nous devons en chercher d'abord la solution au titre des obligations. L'article 1247 contient sur ce point un principe : le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention, nulle difficulté à appliquer cette règle au cas de prêt de consommation. Mais on doit hésiter à soumettre ce prêt à la dernière disposition de l'article 1247, qui permet au débiteur de quantité de payer à son domicile lorsqu'il n'a pas été désigné dans la convention un lieu de paiement. L'article 1903 statue sur l'hypothèse où les parties n'ont pas fait de convention relativement au lieu de paiement, et décide que l'évaluation de la chose prêtée qui n'est pas rendue en nature, doit être faite d'après le prix de la chose au lieu où l'emprunt a été fait. Il nous semble que cette décision sous-entend celle-ci : le paiement doit se faire au lieu où a été fait l'emprunt, puisque l'indemnité qui représente le paiement tient compte de la valeur des choses au lieu où l'emprunt a été fait. C'est une dérogation à l'article 1247, qui peut se justifier par la faveur que mérite le prêteur de qui l'emprunteur reçoit un service gratuit. Cette considération nous déterminerait à maintenir l'application de l'article 1247 au cas de prêt à intérêt, en faisant observer que le Code, dans sa section III, chapitre du prêt de consommation, a songé plus particulièrement au prêt gratuit, puisqu'il traitait ensuite dans une section distincte du prêt à intérêt.

110. A défaut de choses du même genre, en même quantité et qualité, l'emprunteur est naturellement tenu d'en payer l'estimation. La loi, appliquant ce principe au cas où l'emprunteur *est dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation*, établit diversement la base de l'estimation, suivant que le contrat règle ou non le temps et le lieu où la restitution devait s'opérer. Dans le premier cas, la valeur se fixe eu égard à ce temps et à ce lieu; dans le second, elle se dé-

termine par le temps et le lieu où l'emprunt a été fait. V. art. 1903, et à ce sujet, d'une part, *Jul.*, L. 22, D. *de reb. cred.; Gaius*, L. 4, *de cond. tritic.;* d'autre part, *Ulp.*, L. 3, *de cond. tritic.*, et remarquez que le législateur a entièrement abandonné l'ancienne doctrine, pour le cas où le temps et le lieu ne sont pas réglés par la convention.

110 *bis*. On ne voit pas très-clairement ce que le législateur entend par l'impossibilité de satisfaire à l'obligation. Il ne peut pas être question dans l'article de l'impossibilité absolue. Car il faudrait, pour que cette impossibilité existât, que le genre promis eût péri, et les genres ne périssent pas. Dans une hypothèse seulement la perte du genre aura pu se produire. C'est quand cette sorte de choses aura été mise hors du commerce. Mais alors l'obligation sera éteinte conformément à ce que nous avons dit sur l'article 1302, et il ne pourra pas être question d'obliger le débiteur à indemniser le créancier.

L'article n'a donc dû parler que de l'impossibilité de fait ; le débiteur ne peut pas mettre à la disposition du créancier les objets promis, peut-être même ne le veut-il pas, car s'il lui est facile de se les procurer, encore faut-il qu'il consente à les acheter, et la loi ni la justice ne peuvent le contraindre à les acheter. Dans les deux cas, l'obligation ne s'exécutera que par équivalent, et il y aura lieu d'appliquer l'article 1903, sauf à tenir compte de la mauvaise volonté du débiteur pour le condamner à de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu.

111. En outre, l'emprunteur qui ne satisfait pas à son engagement doit, comme tout débiteur en demeure, être passible de dommages-intérêts. Mais l'obligation ayant ici directement ou indirectement pour objet une somme d'argent, on applique la règle générale qui fait consister les dommages-intérêts dans l'intérêt de la somme ou valeur due, et qui fait courir cet intérêt du jour de la demande. V. art. 1904, et à ce sujet art. 1153.

111 *bis*. Quand l'objet prêté est une somme d'argent, la règle de l'article est chose toute simple, elle n'est qu'une application de l'article 1153. Mais quand on a prêté autre chose que de l'argent, il est plus difficile de s'en tenir à l'article 1904, parce qu'il faudrait admettre

que cet article a voulu déroger aux règles générales sur les dommages et intérêts. La volonté de déroger à ces règles paraît cependant se manifester par ces mots de l'article : ou leur valeur, expression qui prouve que les rédacteurs de l'article n'en restreignaient pas l'effet aux obligations de sommes d'argent. Alors, il faut supposer que le prêt de consommation ayant ordinairement pour objets des choses faciles à convertir en argent, le législateur a voulu soumettre ce prêt à peu près aux mêmes règles que le prêt de sommes d'argent.

CHAPITRE III.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

112. Le prêt gratuit est un acte de bienfaisance. En effet, quoique le prêteur doive recouvrer après un certain temps l'équivalent de ce qu'il a donné, toujours est-il vrai qu'il se prive, pour rendre service à l'emprunteur, de l'avantage qu'aurait pu lui procurer, dans l'intervalle, la somme ou la chose prêtée. Stipuler un dédommagement pour cette privation, c'est, si l'on veut, enlever à l'acte le caractère de bienfait; mais de là ne résulte pas qu'il y ait iniquité dans cette convention. Aussi n'hésite-t-on pas à dire qu'elle est avouée par la morale, toutes les fois que le dédommagement est calculé exactement sur la perte que le prêteur s'impose et sur le gain dont il se prive.

De là, sans doute, il n'y a pas loin à conclure que le prêt est un moyen licite de faire valoir son argent, pourvu que l'intérêt stipulé soit en rapport avec le profit probable qu'on aurait pu en tirer en ne le prêtant pas. Toutefois, cette conséquence repoussée par le grand nombre des théologiens, l'était autrefois par nos meilleurs jurisconsultes, et notamment par Pothier (1), qui, tout en déclarant valable dans le for de la

(1) *Traité de l'usure*. V. aussi Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. 6.

conscience la stipulation d'intérêts compensatoires, ne reconnaissait ce caractère à l'intérêt conventionnel, qu'autant que le prêteur, dans la vue de rendre service à l'emprunteur, s'était réellement soumis à une perte, ou s'était privé en sa faveur d'un profit qui lui était offert et qu'il avait effectivement l'intention de réaliser.

C'est conformément à ces principes que les ordonnances du royaume, vu l'impossibilité où l'on eût été, dans la pratique, de distinguer si l'intérêt stipulé était ou non compensatoire, défendaient absolument toute stipulation d'intérêt pour prêt.

Sans entrer ici dans l'examen de cette doctrine, qui paraît avoir eu pour principal fondement la haine des usuriers, il suffit de dire que sa sévérité ne serait plus en harmonie avec la constitution actuelle de la société : car une foule de circonstances, et notamment la facilité de placements sûrs et commodes offerts par l'État aux particuliers, ayant détruit généralement l'habitude de laisser ses capitaux oisifs, aujourd'hui l'intérêt stipulé pour un prêt doit naturellement être réputé compensatoire.

Aussi le Code civil, adoptant à cet égard les vues de l'Assemblée constituante (1), autorise-t-il en général la stipulation d'intérêts pour *simple prêt*. Du reste, il accorde cette faculté, quel que soit l'objet du prêt, argent, denrées ou autres choses mobilières (pourvu, bien entendu, que ces choses consistent en nombre, poids et mesure, puisqu'il ne peut s'agir ici que d'un prêt de consommation). V. article 1905.

112 *bis*. La légitimité de la stipulation d'intérêts est universellement admise aujourd'hui, non pas seulement par une raison de fait tirée de la facilité que les capitalistes trouvent à employer leurs capitaux, même les plus petits, mais par une saine appréciation théorique de la convention d'intérêts.

On reconnaît, en effet, que le capitaliste qui se dessaisit pour un temps plus ou moins long d'un capital en argent ou en denrées, se prive d'une jouissance, qu'il rend impossible pour lui tout acte

(1) V. L. 3 — 12 octobre 1789.

de disposition par lequel il ferait fructifier ce capital, et qu'il a juste sujet de stipuler un avantage pécuniaire compensant la perte que lui impose le prêt. Comme le bailleur d'une maison qui reçoit un loyer parce qu'il ne peut plus habiter sa maison, le prêteur d'argent reçoit les intérêts parce qu'il ne peut plus disposer de la somme prêtée.

On trouve encore un second élément quand on décompose l'intérêt. Le prêteur court risque de perdre son capital si le débiteur devient insolvable; ce risque est bien plus menaçant que celui auquel s'expose un bailleur d'immeuble ou un locateur de meubles. Ceux-ci conservent la propriété de la chose louée; l'immeuble ne peut pas disparaître, et le bailleur le revendiquera, il ne peut souffrir que des détériorations; le meuble peut disparaître, il est vrai, son propriétaire qui l'a donné en location peut redouter des aliénations qui l'exposeraient aux conséquences de l'article 2279; il est cependant dans une meilleure condition que le prêteur d'argent ou de denrées; d'abord, si le meuble n'a pas été aliéné, son droit de propriété lui assure la préférence sur les autres créanciers de l'emprunteur insolvable; secondement, l'aliénation n'est pas aussi menaçante qu'elle le paraît, elle sera rare, car elle constituerait un délit d'abus de confiance (art. 408 Code pénal), et les débiteurs embarassés ne s'exposeront pas facilement à des poursuites correctionnelles.

En résumé, l'intérêt de l'argent représente : 1° une indemnité à raison de l'indisponibilité du capital jusqu'à l'échéance; 2° une prime d'assurance pour le risque auquel le capitaliste est exposé (1).

113. La convention d'intérêts paraît même si naturelle, que le paiement d'intérêts non stipulés n'est pas réputé fait indûment, et ne donne conséquemment lieu ni à répétition ni à imputation sur le capital. V. art. 1906; v., à ce sujet, *Sev.* et L. 3, Cod., *de usur.*

114. D'accord pour consacrer la faculté de stipuler des intérêts, les auteurs du Code ne s'accordaient pas également sur la question de savoir si le taux de l'intérêt devait être fixé par la loi. On convint cependant que ce règlement, déjà en vigueur dans la législation alors existante, était nécessaire

(1) V. M. Cauwes, *Économie politique*, t. II, p. 46 et s. Édit. 1880, et M. Batbie, *Cours d'économie politique*, t. Ier, p. 298 et s.

pour l'intérêt légal, et sous ce nom, il faut comprendre tout intérêt qui n'est pas conventionnel (v. art. 1153). Mais à l'égard de l'intérêt conventionnel, l'avis qui prévalut fut que sa fixation devait en général d'être abandonnée à la convention des parties, qui pourraient en conséquence l'élever au delà du taux légal. Toutefois on reconnut que la loi pourrait ultérieurement porter une prohibition à cet égard. En attendant, on se borna à établir comme correctif de la grande latitude laissée aux usuriers, la nécessité de fixer par écrit le taux de l'intérêt conventionnel. V. art. 1907.

114 *bis*. L'article 1907 commence par une distinction étrangère au sujet que nous étudions. Il n'y a pas en matière de prêt deux espèces d'intérêts, qui seraient, l'un légal, l'autre conventionnel. L'intérêt légal est celui qui court de plein droit en vertu des dispositions spéciales de la loi (art. 455, 456, 474, 1440, 1473, 1846, 1996, 2001, 2028), ou celui qui est dû en vertu de jugements et qu'on appelle l'intérêt moratoire (art. 1153). L'ancien droit admettait ces deux espèces d'intérêts, et le taux en était fixé par des ordonnances royales.

Quant à l'intérêt conventionnel, l'article n'en limitait pas le taux, mais le législateur semblait se promettre de le limiter plus tard. Il exigeait seulement que le taux fût constaté par écrit. C'était une précaution contre les usuriers; on avait pensé, n'était-ce pas une illusion? que les prêteurs n'auraient pas l'impudeur de constater par écrit des conventions trop onéreuses pour les emprunteurs, et que cette crainte modérerait leurs prétentions.

115. La prohibition annoncée comme possible par le Code civil a été réalisée par la loi du 3 septembre 1807. Cette loi réduit l'intérêt conventionnel à la mesure de l'intérêt légal, dont elle fixe le taux à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière de commerce (art. 1 et 2). Dès lors la perception d'un intérêt supérieur, devenant illicite, donne lieu à restitution, ou ce qui revient au même, à imputation sur le capital, sans préjudice des peines à prononcer par les tribunaux correctionnels, s'il y a habitude d'usure ou escroquerie (art. 3 et 4). Cette loi, au surplus, ne devant pas avoir d'effet rétroactif, laisse, comme de raison, dans toute leur force les

stipulations d'intérêts faites avant sa publication (art. 5). V. aussi loi du 19 décembre 1850.

115 *bis*. I. La loi du 3 septembre 1807 est loin d'avoir mis fin à une controverse sur le point de savoir si le taux maximun de l'intérêt conventionnel doit être fixé par la loi. Un nombre considérable d'économistes, et des plus autorisés, soutiennent aujourd'hui ce que Turgot a mis en lumière au siècle dernier, c'est-à-dire que le législateur doit respecter la liberté en matière de taux de l'intérêt conventionnel.

Leur doctrine se résume ainsi : l'argent est une marchandise; son détenteur, comme celui de toute autre marchandise, doit être libre de fixer les conditions de son aliénation. Lui seul peut apprécier quelle perte il s'impose en se privant d'un capital, et quel risque d'insolvabilité lui fait courir, soit la situation financière du débiteur, soit l'état politique ou économique du pays. D'un autre côté, l'emprunteur peut seul mesurer les sacrifices qu'il est utile de faire d'après ses besoins d'argent. La loi qui le protégerait malgré lui contre des stipulations d'intérêt un peu élevé n'aurait pour résultat que de le priver de tout crédit (1).

La doctrine restrictive de la liberté des conventions a la prétention de protéger les faibles et les ignorants contre une sorte d'oppression que leur feraient subir les capitalistes; elle considère l'emprunteur qui promet des intérêts élevés comme un homme qui, sous l'empire du besoin d'argent, n'a pas eu la liberté de sa volonté, et elle traite la convention comme le Code civil a traité certains contrats dont il permet la rescision pour cause de lésion (2). La législation actuelle de la France, telle qu'elle résulte de la loi du 3 septembre 1807, s'inspire de ces considérations pratiques. C'est elle qu'il nous faut étudier dans son application.

115 *bis*. II. La loi du 3 septembre 1807 commence par déterminer le taux maximum de l'intérêt conventionnel : cinq pour cent en matière civile, six pour cent en matière commerciale. Mais sur ce point la formule de la loi manque de précision, et il est difficile de savoir dans quel cas exactement on se trouve en matière commerciale. Certes, il n'y a pas de difficulté quand le contrat est commercial (art. 632, 633, C. commerce) ou quand l'argent est em-

(1) V. M. Batbie, *Cours d'économie politique*, t. 1er, p. 301 et s.
(2) V. M. Cauwes, *Économie politique*, t. 2e, p. 186-194. Édit. 1880.

prunté pour faire des actes de commerce, ce qui se présume quand l'emprunteur est commerçant (art. 638). De même il n'y aura pas à hésiter quand aucune des deux parties ne sera commerçante et que l'opération ne sera pas commerciale par sa nature; mais le doute naît lorsque le prêteur seul est commerçant et que l'opération n'a pas le caractère commercial.

115 *bis*. III. On a soutenu qu'en pareil cas le prêteur ne peut pas stipuler l'intérêt commercial, parce que la loi de 1807 n'a pas déterminé le taux d'après la qualité des personnes, mais d'après la qualité de la matière, ce qui signifie la nature du contrat. Or le contrat, sous sa double face d'emprunt et de prêt, n'a rien de commercial; l'emprunteur, nous l'avons supposé, n'a point en vue une affaire commerciale, et quant au prêteur, il fait un contrat qui n'a rien en soi de commercial, comme lorsqu'il achète des vêtements à son usage ou des objets nécessaires à sa consommation. Il est vrai qu'il eût pu, en laissant son argent dans le commerce, le faire fructifier d'une façon plus avantageuse; mais on peut dire que la loi de 1807, loi de protection pour les emprunteurs, a surtout pris en considération l'emploi que ceux-ci peuvent faire de l'argent emprunté, et non pas ce que les prêteurs en auraient fait.

115 *bis*. IV. L'opinion contraire profite du vague des expressions du législateur pour dire qu'il faut considérer l'usage que le commercant prêteur aurait fait de son capital. Dans le commerce, ce capital aurait produit plus de cinq pour cent, la stipulation de l'intérêt supérieur est donc légitime de la part du prêteur commerçant qui se prive d'une jouissance plus fructueuse que la jouissance d'un particulier non commerçant; dans ce système on considère le caractère qu'avaient les capitaux prêtés, matière ou objet du contrat, et l'on applique une formule ancienne qúi dit que les capitaux commerciaux ont plus de valeur que les capitaux non commerciaux : *plus valet pecunia mercatoris quam pecunia non mercatoris*.

115 *bis*. V. La jurisprudence a longtemps hésité sur la question. Elle nous paraît maintenant l'avoir résolue par une distinction, qui ne se trouve peut-être qu'à l'état latent dans ses décisions, mais qui nous semble parfaitement exacte au point de vue juridique.

Il ne faut pas poser en principe que tout prêt fait par un commerçant est un prêt en matière commerciale, mais que le prêt fait par une personne qui fait le commerce d'argent, un banquier, est un prêt commercial, alors même que du côté de l'emprunteur l'em-

prunt serait civil. La conséquence sera qu'un banquier peut prêter à un non commerçant au taux de six pour cent, mais qu'un marchand de toiles ou de blé ne pourra prêter à un non commerçant qu'au taux de cinq pour cent. Nous faisons sortir cette distinction des arrêts de la cour de cassation. Il faut d'abord remarquer que tous les arrêts rendus au civil, depuis que la cour de cassation admet la doctrine qui autorise l'intérêt à six pour cent, ont été rendus en faveur de banquiers. Le premier de tous ces arrêts, qui a engendré les autres, l'arrêt de cassation du 29 avril 1868 (1), reconnaît qu'il n'est pas nécessaire pour que la matière soit commerciale qu'elle le soit du côté des deux parties; c'est une vérité incontestée dans la théorie de la compétence commerciale; et l'arrêt ajoute que de même que le billet souscrit par un négociant est censé fait pour son commerce, de même le prêt fait par un *banquier* avec les fonds qui servent d'aliment à son industrie est réputé commercial.

Dans des arrêts postérieurs (2), on voit bien apparaître une formule un peu large où il s'agit des commerçants en général, mais on retrouve cette idée dominante que le banquier a le droit de réclamer l'intérêt commercial, parce qu'il fait, en prêtant, un acte de son commerce.

La cour n'a donc statué que sur des prêts faits par des banquiers, et elle a très-justement et très-strictement appliqué la loi de 1807, en considérant qu'on est en matière commerciale quand le prêt est de la part d'une des parties un acte de son commerce.

115 *bis*. VI. Mais il ne faut pas exagérer la portée des arrêts et y voir la règle que tout prêt fait par un commerçant est un acte de commerce. Si un négociant, qui ne fait pas comme le banquier le commerce d'argent, fait un prêt à un non commerçant, où trouver le caractère commercial de l'affaire? Il n'existe ni d'un côté ni de l'autre, car il est inexact de dire, avec quelques arrêts, que toute opération faite par un commerçant est présumée faite dans l'intérêt de son commerce et doit être réputée commerciale. Le contraire résulte très-clairement des articles 632 et 633 du Code de commerce. Il faut en outre remarquer que les arrêts ne s'appuient pas sur l'adage : *plus valet pecunia mercatoris*, et c'est avec raison, car la loi de 1807 ne se préoccupe pas de l'emploi que le prêteur aurait pu faire de son

(1) Sirey, 1868, I, 281.

(2) C. C., 28 avril 1869. Sirey, 1869, I, 306. C. C., 10 janvier 1870. Sirey, 1870, I, 157. V. aussi C. Douai, 24 janvier 1873. Sirey, 1873, II, 244.

argent, puisqu'elle ne tient pas compte de ce fait que le capitaliste non commerçant aurait pu faire un emploi commercial de son argent en le plaçant dans des sociétés de commerce ou en faisant un acte de commerce; elle considère seulement si la matière est commerciale, c'est-à-dire si l'opération est commerciale; mais alors il ne suffit pas qu'elle soit faite par un commerçant, car les commerçants font un grand nombre d'opérations non commerciales, et quand un commerçant fait un placement, lorsqu'il achète un immeuble pour le louer, c'est qu'il consent à soustraire une partie de son capital aux chances du commerce en se contentant du produit moindre qu'il pourra donner. Son acte alors n'a rien de commercial. Il en est de même quand un marchand fait un prêt à un ami ou un placement sous forme de prêt, c'est l'hypothèse que nous examinons, et nous pouvons dire que ce n'est pas celle où la loi de 1807 autorise le taux de six pour cent.

115 *bis*. VII. L'article 1er de la loi de 1807 contient une expression qui demande une explication : le tout *sans retenue*. Non pas que le sens n'en soit très-clair, le débiteur paiera cinq ou six pour cent sans aucune diminution ou défalcation, c'est en ce sens qu'il ne retiendra rien.

Mais est-il nécessaire de dire qu'un débiteur est tenu de payer ce qu'il doit, sans en déduire ou retenir quoi que ce soit? Cela n'était nécessaire que parce qu'il fallait déclarer aboli un ancien usage en vertu duquel les débiteurs de rentes constituées retenaient une fraction des arrérages promis, c'est-à-dire ne payaient pas la totalité du chiffre nominal des arrérages; cette retenue était considérée comme destinée à faire subir aux créanciers de rentes le contre-coup de la nécessité où le débiteur se trouvait de payer au roi une certaine portion du revenu de ses biens; son patrimoine réel se composant de l'actif diminué de passif, il n'était pas juste qu'il supportât sans recours les charges afférentes à la partie de ses biens qui correspondait aux rentes dont il était débiteur (1). Les rédacteurs de la loi de 1807 ont pensé avec raison que les parties sauraient apprécier au moment de la convention la charge que l'existence des impôts ferait subir au débiteur, et que celui-ci devait débattre ses intérêts sur ce point; en réalité ils ont un peu élevé le maximum du taux de l'intérêt conventionnel, puisqu'avec la pratique ancienne

(1) V. Pothier. Constitution de rente n° 125. V. l. 3 frimaire an VII, art. 98 et 99.

de la retenue le créancier stipulant cinq pour cent n'aurait touché que quatre et demi ou quatre trois quarts, et le taux maximum se trouve augmenté de cette différence.

115 *bis*. VIII. La règle qui fixe le maximum de l'intérêt conventionnel est doublement garantie par une sanction civile et une sanction pénale.

La sanction civile apparaît dans l'article 3 de la loi. La prestation de l'excédent d'intérêts donne lieu à une répétition, parce qu'elle a eu une cause illicite, et le débiteur pourra se faire rsetituer le montant de cet excédent. Si le capital n'est pas entièrement payé au moment de la répétition, la restitution consistera en une diminution du capital restant dû.

115 *bis*. IX. Cette sanction a été rendue plus rigoureuse par la loi du 19 septembre 1850. L'article 1er de cette loi établit une imputation de plein droit qui se fait au fur et à mesure des paiements d'intérêts excessifs. Les sommes payées pour intérêt au-dessus de l'intérêt licite diminuent de plein droit la dette en intérêts légitimes et capital ensuite, et s'il se trouve que, par l'accumulation des prestations d'intérêts exagérés, le prêteur ait reçu plus que les intérêts légitimes et le capital entier, non-seulement l'excédent peut être répété, mais il aura produit lui-même de plein droit des intérêts à partir du jour de chaque paiement fait depuis que la dette a été éteinte.

115 *bis*. X. La sanction pénale est écrite dans l'article 4 de la loi de 1807, et dans l'article 2 de la loi de 1850; l'habitude d'usure est un délit puni correctionnellement d'une amende qui peut s'élever à la moitié des capitaux prêtés et d'un emprisonnement de six jours à six mois.

La loi de 1850 (art. 3) augmente la pénalité au cas de nouveau délit d'usure, et établit qu'après une première condamnation pour habitude d'usure le nouveau délit n'a pas besoin de présenter un nouveau caractère d'habitude, qu'il résultera d'un fait même unique postérieur à la condamnation, pourvu que ce fait s'accomplisse dans les cinq ans à partir du jugement ou de l'arrêt de condamnation.

115 *bis*. XI. La disposition de la loi de 1807 qui fixe le maximum du taux de l'intérêt conventionnel a fait naître l'idée que la règle finale de l'article 1907 était abrogée tacitement comme n'ayant plus d'objet. Nous avons dit, en effet, que son but était de réprimer l'usure en forçant l'usurier à constater par écrit à quel taux exagéré il prêtait son argent. Certes, la loi de 1807 a pris un procédé qui doit

avoir un effet plus certain. Mais ce n'est pas une raison pour supposer une abrogation que la loi n'a pas prononcée. N'est-il pas bon que le débiteur sache bien qu'il devra des intérêts et quels intérêts, et quel meilleur moyen de ne laisser aucun doute dans son esprit que de le forcer à signer une convention sur ce point? Il y a là une mesure de protection que la loi de 1807 ne rend pas inutile, et l'on s'explique qu'une règle inspirée en 1804 par le désir d'agir sur le prêteur ait été maintenue en 1807, parce qu'elle peut avoir une influence salutaire sur la volonté de l'emprunteur.

115 *bis*. XII. Reste à savoir quelle est exactement la portée de cette règle. Elle est conçue dans des termes analogues à celle de l'article 1326, qui ne permet pas de se prévaloir d'un écrit sous seing privé constatant une obligation de somme d'argent, si l'écrit n'est pas tout entier de la main du débiteur, ou si au moins sa signature n'est pas précédée d'un bon ou approuvé portant indication de la somme due. Donc l'article 1907 ne permet pas d'invoquer une convention, même constatée par écrit, si le taux de l'intérêt n'est pas fixé par écrit.

115 *bis*. XIII. Mais le motif que nous assignons à la règle nous permet de déclarer valable l'écrit qui, sans prononcer le mot intérêt, constaterait l'obligation de payer une somme supérieure à celle que le prêteur aurait réellement versée, l'excédent représentant dans la pensée des parties les intérêts à courir jusqu'à l'échéance. Ici, le débiteur ne peut pas être trompé, il voit bien qu'il touche mille francs et qu'il promet mille cinquante francs, et il serait bien rigoureux de rendre inutile la convention des parties, parce qu'elle ne décomposerait pas en deux la somme promise. Bien entendu, il faut faire des réserves pour le cas de fraude, c'est-à-dire pour le cas où cette confusion du capital et des intérêts dissimulerait une perception d'intérêts usuraires; l'emprunteur prouverait la fraude par tous les moyens possibles, et obtiendrait la diminution du chiffre de l'obligation ou la restitution de ce qu'il aurait payé en trop, dans les termes de la loi de 1850.

116. Il est naturel que les intérêts soient acquittés avant le capital; comme il importe au créancier de faire observer cet ordre, et qu'il en a toujours le droit (art. 1254), on ne peut supposer qu'il l'ait laissé intervertir. Ainsi, à moins d'une réserve expresse, la quittance du capital établit à l'égard des

intérêts une présomption légale de paiement, qui en opère la libération. V. art. 1908; et remarquez que cette règle, placée ici à l'occasion du prêt à intérêt, paraît applicable à toute dette qui porte intérêt ou qui produit des arrérages.

117. A l'époque où la sévérité des lois proscrivait le prêt à intérêt, il avait fallu chercher un moyen de procurer à ceux qui, ayant besoin d'argent, ne voulaient point vendre leurs biens, les ressources qui leur étaient nécessaires, et qu'ils ne pouvaient se flatter d'obtenir toujours de la bienfaisance. On y parvenait par la constitution de rente.

Dans ce contrat, comme dans le véritable prêt à intérêt, le bailleur de fonds doit recevoir pour le capital qu'il fournit une prestation annuelle, qu'on désigne sous le nom d'arrérages; mais il s'interdit d'exiger jamais ce capital qui, dès lors, ne peut plus être considéré comme prêté; c'est plutôt, en quelque sorte, le prix d'une vente, dont la rente constituée est l'objet.

Le contrat de constitution de rente, inconnu aux Romains, et qui n'a commencé à être usité que vers le quatorzième siècle, est devenu d'usage moins fréquent depuis la levée de la prohibition qui l'avait rendu nécessaire. Toutefois le Code civil ne le rejette pas, et l'autorise même expressément. V. art. 1909.

118. La rente peut être constituée en perpétuel ou en viager. V. art. 1910. Cette différence dans la durée entraîne d'autres différences essentielles dans la nature et les effets du contrat de constitution.

119. Une observation commune à l'une et à l'autre espèce, c'est que la constitution de rente n'a pas toujours lieu, comme le suppose l'article 1909, moyennant un capital fourni par le stipulant. La rente peut également être créée pour toute autre cause, soit à titre onéreux (v. art. 530, 1968), soit à titre gratuit (v. art. 1969, 1973). Mais, évidemment, dans ces divers cas, elle n'a plus rien de commun avec le prêt, dont la loi semble ici lui reconnaître le caractère.

120. Une autre observation particulière à la constitution

en perpétuel, c'est que les arrérages de la rente ne sont, au fond, que l'intérêt du capital. D'où il suit qu'on doit leur appliquer, en général, les principes et les dispositions relatifs à l'intérêt conventionnel, notamment en ce qui concerne le taux fixé par la loi.

120 *bis*. I. Du prêt, le Code passe à la constitution de rente, qu'il considère comme une variété du prêt à intérêt.

Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce qui a été dit de la rente au tome II. Rappelons seulement que la rente est le droit de recevoir une certaine prestation périodique représentant un capital qui ne peut jamais être exigé par le créancier.

120 *bis*. II. Les anciens distinguaient la reste foncière et la rente constituée. La rente foncière n'existe plus avec les caractères particuliers qu'elle avait dans l'ancien droit, mais le Code a fait une distinction entre les rentes établies à perpétuité pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier et les rentes créées à l'occasion de l'aliénation d'un capital mobilier. Au fond, les deux rentes ont la même nature, mais elles sont soumises sur quelques points de détail à des règles particulières. Notre titre ne parle que de ces dernières rentes, parce que le contrat qui leur donne naissance peut seul se rapprocher du contrat de prêt à intérêts.

120 *bis*. III. Débarrassés des difficultés anciennes auxquelles avait donné naissance la prohibition de prêt à intérêt, les rédacteurs du Code ne craignent pas de dire que la constitution de rente à prix d'argent ou moyennant un autre capital mobilier est un prêt.

Cette nouvelle façon de dénommer le contrat de rente a certainement son importance, elle nous autorise à traiter le contrat de rente comme le contrat de prêt, au point de vue du taux des arrérages. Dans l'article 1909, les arrérages sont présentés comme une variété des intérêts, d'où cette conséquence que la loi de 1807 est applicable aux constitutions de rente à prix d'argent; sa rubrique indique qu'elle traite de l'intérêt de l'argent, et son article premier limite sans distinction l'intérêt conventionnel.

121. La rente constituée en perpétuel doit, comme le mot lui-même l'indique, se prolonger indéfiniment, c'est-à-dire que l'obligation de la servir ne cessera pas tant que le débiteur ne remboursera pas le capital, que le créancier s'est interdit

d'exiger. Mais il serait trop contraire au principe de liberté naturelle qu'une personne pût rester à perpétuité, par elle-même, ou par ses héritiers et ayant cause, assujettie envers une autre personne ou ses représentants au paiement d'une redevance périodique, sans aucun moyen de s'en affranchir. La rente constituée en perpétuel est donc essentiellement rachetable.

Cette faculté de rachat étendue par l'Assemblée constituante (1), même aux anciennes rentes foncières, et que notre Code a déjà consacrée ailleurs, à l'égard des rentes constituées pour prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de son aliénation (v. art. 530), devait à plus forte raison être appliquée aux rentes constituées à prix d'argent. V. art. 1911, al. 1.

Moins rigoureux toutefois à cet égard que les anciennes lois, qui n'avaient permis le contrat de constitution que sous la condition que le débiteur jouirait de la faculté indéfinie de racheter, notre Code permet de modifier cette faculté par la convention, soit en fixant un délai avant lequel elle ne pourra être exercée, soit en assujettissant le débiteur à prévenir le créancier un certain temps d'avance. Du reste, le délai, qui pour les rentes comprises dans l'article 530 peut aller jusqu'à trente ans, est borné ici pour toutes les autres rentes perpétuelles à dix ans. En outre, il est bien à remarquer que la loi ne consacre pas ici d'une manière générale, comme dans l'article 530, la faculté de régler les clauses et conditions du rachat. V. art. 1911, al. dernier.

121 *bis*. I. On a vu, dans notre deuxième volume, pourquoi le remboursement du capital de la rente est appelé *rachat ;* c'est parce que les anciens, par les raisons que nous avons dites, voyaient dans la constitution de rente non pas un prêt, mais une vente du droit de demander au constituant une certaine prestation périodique; lors donc que ce constituant rendait le capital reçu pour être libéré, on pouvait dire qu'il rachetait le droit qu'il avait vendu.

(1) V. L. 18-29 décembre 1790.

Aujourd'hui que la constitution est considérée comme un prêt, les mots paiement ou remboursement peuvent être correctement employés.

121 *bis*. II. La faculté du rachat est de *l'essencc* du contrat de rente, donc toute convention qui la détruirait serait nulle. L'article 1911 ne s'exprime sur ce point qu'à propos de la rente qui a les caractères de prêt, mais nous avons déjà trouvé la même règle appliquée, par l'article 530, aux rentes établies à l'occasion de la cession d'un immeuble.

121 *bis*. III. Le deuxième paragraphe de l'article autorise une convention qui ferait obstacle au rachat pendant dix ans. Cette clause n'a pas les inconvénients de celle qui interdirait le rachat, et elle est très-légitime de la part du créancier, qui, ayant fait un emploi de son capital, veut compter sur une certaine stabilité de son placement. De même, la loi permet de stipuler que le débiteur devra avertir le créancier un certain temps avant le rachat, pour que ce créancier puisse prendre ses précautions et chercher un autre emploi de ses fonds.

121 *bis*. IV. Nous avons dit que l'opération du rachat est un véritable paiement, puisque la constitution du rente est considérée par le Code comme un contrat de prêt. De cette observation nous tirerons une conséquence importante quant à l'exercice du droit de rachat. Si le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, la dette se divise (art. 1220); chaque héritier n'est débiteur que de sa part des arrérages, la rente se fractionne en plusieurs rentes, et chaque héritier peut se libérer en remboursant sa part du capital. C'est la règle générale en matière de paiement des dettes après la mort du débiteur, le créancier d'une dette divisible ne peut pas refuser des paiements partiels. Dans l'hypothèse, il serait antijuridique de se servir du vieux mot rachat, que le Code a conservé, pour appliquer la règle de l'article 1670 sur la faculté de réméré. La situation est toute différente, puisque dans le cas de réméré l'acheteur qui refuse le remboursement partiel a un intérêt à conserver entière la propriété d'un corps certain, tandis que le créancier de rente n'a pas plus d'intérêt que le créancier d'une somme exigible à protester contre la division de sa créance.

122. Le créancier lui-même, quoiqu'il se soit interdit d'exiger le capital de la rente, peut dans certains cas être

relevé de cette interdiction. Et d'abord, l'aliénation de son capital n'ayant été par lui consentie que sous la condition tacite que le débiteur accomplira ses engagements, il est conforme aux principes que l'aliénation ne tienne pas si la condition n'est pas executée. Ce raisonnement s'applique au cas où le débiteur cesse de remplir ses obligations, c'est-à-dire de payer les arrérages pendant un certain temps, que la loi fixe à deux ans ; le même raisonnement s'applique encore au cas où, des sûretés particulières ayant été promises, le débiteur manque à les fournir. Dans les deux cas il peut être contraint au rachat. V. art. 1912.

123. En outre, les motifs qui font priver un débiteur quelconque du bénéfice du terme en cas de faillite (art. 1188), ajoutons ou en cas de déconfiture, rendent exigible dans ces deux cas le capital de la rente constituée. V. art. 1913.

123 *bis*. I. Le code énumère quatre cas dans lesquels le rachat est forcé, c'est-à-dire dans lesquels le créancier peut exiger le remboursement du capital de la rente. Il ne fait pas autre chose que d'appliquer, au moins en principe, les règles générales du titre des contrats. Dans les deux hypothèses prévues par l'article 1912, les décisions de la loi découlent de l'article 1184, appliqué à un contrat qui, s'il n'est pas synallagmatique, est au moins intéressé de part et d'autre. L'article 1913 s'inspire de l'article 1188, qui prononce la déchéance du terme au cas de faillite du débiteur.

123 *bis*. II. La disposition première de l'article 1912 mérite particulièrement notre attention, parce que, bien que se rattachant dans son principe à une règle générale, elle applique cette règle au contrat de rente dans des conditions toutes spéciales.

D'abord, il ne suffit pas que le débiteur ait manqué une fois à ses obligations pour que le contrat puisse être résolu, il faut qu'il ait cessé de remplir ses obligations pendant deux années. Deux années représentent au moins deux termes de la rente, peut-être quatre, peut-être huit ; le débiteur en retard de sept termes, dans cette dernière hypothèse, ne serait pas encore exposé à la nécessité du rachat.

On décide assez généralement que le créancier n'est pas dans la nécessité de constituer le débiteur en demeure. Le seul fait d'avoir

cessé de remplir ses obligations pendant deux années, autorise, dit-on, la demande du remboursement, et les tribunaux n'ont pas le droit d'accorder au débiteur un délai pour payer les arrérages en retard.

123 *bis*. III. On fait cependant une distinction entre le cas où la rente est *portable* et le cas où elle est *quérable* (1). C'est uniquement au premier cas qu'on applique l'article; on reconnaît, quand la rente est *quérable*, c'est-à-dire quand le créancier doit aller chercher le paiement au domicile du débiteur, que le simple fait de non-paiement ne crée pas pour le créancier le droit au remboursement, et qu'il est nécessaire que ce créancier ait fait régulièrement constater qu'il s'est présenté pour recevoir les arrérages, constatation qui certes équivaut bien à une sommation (2).

123 *bis*. IV. Telle est la doctrine généralement admise, et depuis bien longtemps; nous croyons devoir la contester. Nous pensons que pour la rente portable comme pour la rente quérable, la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, et que la nécessité d'une mise en demeure est imposée par les principes de la matière des contrats, principes auxquels l'article 1912 n'a pas manifesté la volonté de déroger.

123 *bis*. V. Les principes généraux ne sont pas douteux. Quand un débiteur est-il réputé n'avoir point exécuté son obligation? Lorsqu'il est en demeure. Et quand est-il en demeure? Quand il a reçu une sommation ou autre acte équivalent (art. 1146 et 1139). Jusque-là on peut supposer que le créancier n'a pas désiré ce paiement, on peut craindre qu'il n'ait abusé le débiteur par de bonnes paroles, pour user plus tard des voies de rigueur. Le débiteur croit peut-être que le créancier consent tacitement à un retard dans le paiement, et l'inaction de celui-ci est peut-être un piége tendu à la négligence ou même à la confiance du débiteur.

Voilà les raisons pratiques de la règle sur la mise en demeure; elles ont inspiré une disposition bien remarquable du Code, l'article 1656, qui, dans un cas particulier, exige une sommation, bien que le contrat contienne stipulation de résolution de plein droit au cas d'inexécution de l'obligation.

123 *bis*. VI. Ces raisons subsistent avec toute leur force dans

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 443, Édit. 1856; et trib. de Vannes. Sirey, 1880, II, 198.

(2) V. t, V. n° 186 *bis*.

l'hypothèse que nous examinons. Un contrat dont les effets doivent être perpétuels serait plus fragile, au point de vue de la résolution pour inexécution, que tous les autres. Le créancier pourrait chercher le moyen de recouvrer un capital qu'il a aliéné à toujours, en inspirant confiance au débiteur, en l'autorisant tacitement à ne pas payer, et subitement après deux années, en réclamant le capital avant d'avoir envoyé une injonction de payer les arrérages.

123 *bis*. VII. Est-ce que le texte de la loi nous contraint à subir des résultats aussi fâcheux? Le fait prévu par ce texte, c'est que le débiteur a cessé pendant un certain temps de remplir ses obligations. Quelle différence y a-t-il donc entre ces expressions et celles de l'article 1184 (la partie ne satisfait point à ses engagements), de l'article 1654 (si l'acheteur ne paie pas le prix), de l'article 1741 (le défaut du preneur de remplir ses engagements), de l'article 1871 (l'associé manque à ses engagements)? Où trouve-t-on que la cessation des prestations par un débiteur de rente ne doit pas être constatée par une mise en demeure, comme le manque d'exécution de la part d'un acheteur, d'un associé, d'un locataire ou d'un débiteur quelconque?

123 *bis*. VIII. Il y a plus : si l'on prend à la lettre le mot cessé, l'article ne paraît s'appliquer qu'au débiteur qui, après avoir payé un ou plusieurs termes, ne continue plus à remplir ses obligations. Il faudrait donc soumettre aux règles générales celui qui, dès le premier jour, n'ayant payé aucun terme, laisse passer les deux premières années depuis la constitution de la rente sans payer le créancier. Certes c'est là une distinction inacceptable. Le Code n'a pas bien formulé sa décision, il a voulu parler de tout débiteur de rente manquant à ses obligations un peu plus tôt, un peu plus tard; la phrase du Code n'exprime pas sur ce point la pensée des rédacteurs; mais, s'il en est ainsi, ce que personne n'a songé à nier, pourquoi admettre qu'à un autre point de vue le texte doit être pris à la lettre comme manifestant une pensée de déroger aux principes ordinaires de la matière?

123 *bis*. IX. Nous ne voyons pas, d'un autre côté, soutenir que le débiteur de rente qui ne fournit pas les sûretés promises par le contrat est exposé au remboursement immédiat sans avoir été mis en demeure; le texte cependant ne s'exprime pas sur ce point, et l'interprétation qu'on donne au second paragraphe entraîne bien, ce semble, la même interprétation du premier.

123 *bis*. X. On objecte, il est vrai, que l'article 1912 n'a pas de raison d'être s'il ne déroge pas quelque peu à l'article 1184. Nous avons déjà répondu à cette objection en montrant que le Code a bien souvent, dans les traités spéciaux des divers contrats, rappelé des règles générales écrites au titre des contrats et obligations, et qu'il aurait pu passer sous silence. Nous dirons en outre que les rédacteurs du Code avaient une raison particulière de revenir sur la règle de l'article 1184, c'est qu'ils voulaient expliquer qu'un seul paiement oublié ou même refusé ne constituerait pas l'inexécution qui entraîne la résolution.

La loi, muette sur ce point, aurait dû être interprétée en ce sens, et ses auteurs ont pensé qu'elle eût été trop rigoureuse; ils sont revenus sur l'article 1184 pour le modérer dans son application à la rente. Cette observation a une double portée : d'abord elle répond à l'objection tirée de ce que l'article pourrait faire double emploi avec un autre; ensuite elle nous montre que l'esprit général de l'article est un esprit d'adoucissement et non de rigueur, grande raison pour ne pas lui attribuer une sévérité ailleurs inconnue en considérant l'inaction du débiteur que rien n'a mis en demeure comme constituant l'inexécution de l'obligation.

123 *bis*. XI. Puisque nous appliquons à la rente perpétuelle les règles générales sur l'inexécution des obligations, avec ce tempérament que l'inexécution consiste dans la cessation de l'accomplissement des obligations du débiteur pendant deux années, nous devons ne pas hésiter à reconnaître aux juges le droit d'accorder des délais au débiteur, et par conséquent le droit de ne pas prononcer la résolution si le débiteur fait des offres antérieurement au jugement (art. 1184). Les juges apprécieront les circonstances, et il rentrera certainement dans leur devoir de se rendre compte de la solvabilité à venir du débiteur pour ne pas exposer le créancier à une irrégularité habituelle dans le versement des arrérages. La régularité de la perception des revenus est en effet un des avantages auxquels attache une grande importance le capitaliste qui place ses fonds en constituant une rente perpétuelle.

123 *bis*. XII. On a quelque peine à comprendre exactement quel est l'événement qui permet au créancier de provoquer le rachat forcé. Il faut que le débiteur ait cessé de remplir ses obligations pendant deux années. L'interprétation la plus simple et la plus naturelle de cette formule, c'est qu'il faut que deux années d'ar-

rérages n'aient pas été payées, et dans notre système, que le débiteur soit en demeure pour deux années d'arrérages. Il n'est pas nécessaire d'attendre qu'un terme d'arrérages soit dû depuis la fin de la deuxième année, pour qu'il se soit écoulé deux ans depuis l'expiration du premier terme non payé, comme si la loi avait dit que le débiteur, pour être contraint au rachat, doit être en demeure, en faute depuis deux ans, ce qui ne ferait remonter le délai qu'au premier retard, c'est-à-dire au premier terme échu et non payé.

123 *bis*. XIII. Cette dernière interprétation de l'article abuse un peu de l'expression *pendant* qu'a employée l'article; elle raisonne comme si l'obligation du débiteur de rente avait un caractère de continuité dans son exécution; on pourrait alors exiger une certaine durée dans l'inexécution, mais il n'en est pas ainsi, l'obligation s'exécute par le paiement, par un fait isolé qui ne *dure* pas; seulement le paiement d'un terme d'arrérages correspond à une certaine période écoulée depuis la constitution; quand deux années se sont écoulées et que les paiements correspondants n'ont pas eu lieu, on peut dire que le débiteur n'a pas rempli ses obligations pendant deux années (1).

123 *bis*. XIV. L'article 1912 fait partie d'un chapitre sur le prêt à intérêts, il parle de la rente constituée; dans le langage du Code, c'est la rente créée moyennant l'aliénation d'une somme d'argent ou de denrées. La rente établie à l'occasion de l'aliénation d'un immeuble, qu'on appelle improprement rente foncière, n'est pas née d'un contrat de prêt, et les dispositions de notre chapitre, en tant qu'elles ont un caractère spécial, ne lui sont point applicables. C'est ainsi que pour étendre à ces rentes la faculté de rachat, il a fallu une loi spéciale (30 ventôse an XII, devenue l'article 530 du Code civil — le titre du prêt est du 18 ventôse XII). Si l'article 1912 contenait une règle exceptionnelle, il ne faudrait pas soumettre au rachat forcé les rentes créées à l'occasion de la cession d'un immeuble, mais nous n'avons vu dans l'article 1912 qu'une application de l'article 1184. Dès lors la rente établie à l'occasion de la cession à titre onéreux d'un immeuble sera soumise au rachat forcé au cas de non-paiement des arrérages, puisque ce rachat forcé n'est qu'une résolution, et que le contrat dont nous parlons est un contrat intéressé de part et d'autre.

(1) V. C. C., 12 novembre 1822. Sirey, Rec. chronologique.

C'est l'article 1184 que nous appliquons et non l'article 1912, par conséquent il ne sera pas nécessaire que deux années d'arrérages soient restées non payées. Au premier manquement, les juges pourraient prononcer la résolution; peut-être, puisque la loi leur accorde le droit d'accorder des délais, seront-ils entraînés à imiter la disposition de l'article 1912; mais ils n'y seront pas contraints.

Nous ajoutons que, dans le système qui n'exige pas une mise en demeure du débiteur au cas de l'article 1912, cette rigueur ne devra pas atteindre les débiteurs des rentes improprement appelées foncières, parce que leur obligation n'est sanctionnée que par les règles générales du titre des contrats et obligations.

123 *bis*. XV. Nous tirons une autre conséquence de ce que l'article 1912 n'est pas autre chose qu'une application du principe de l'article 1184. C'est qu'il ne régit pas les rentes perpétuelles constituées à titre de donation. En effet, le contrat n'ayant pas le caractère onéreux, on ne voit pas sur quel fondement s'appuierait l'action du créancier. L'article 1184 suppose un contrat synallagmatique ou au moins un contrat intéressé de part et d'autre. La résolution n'a pas sa raison d'être dans le contrat gratuit, car l'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état que si le contrat n'avait pas été fait. On comprend qu'une partie qui a aliéné un capital fasse résoudre le contrat de rente pour obtenir la restitution de son capital, mais un donataire qui ferait résoudre la donation perdrait tout, car il n'aurait pas de restitution à demander. A cette raison théorique se joint celle-ci : le donateur n'a pas entendu s'obliger à payer un capital, et c'est dénaturer la convention que de demander une prestation unique au lieu de prestations annuelles bien moins lourdes pour le débiteur. L'article 1912 n'impose pas cette solution, puisqu'il traite de la rente constituée, c'est-à-dire d'une certaine variété du prêt, et la donation n'est pas un prêt.

123 *bis*. XVI. Il faut cependant faire une observation, le donataire ne pourra en général poursuivre que le paiement des arrérages échus; cependant si le donateur débiteur est en faillite ou en déconfiture, le bénéfice du terme se trouve perdu (art. 1188), et le capital représentant la rente peut être exigé, sinon le créancier n'aurait plus aucune chance d'être payé, même des arrérages, puisque tout l'actif du débiteur serait réparti entre tous les créanciers.

124. La constitution en viager, au moins lorsqu'elle est faite à titre onéreux, donne au contrat le caractère aléatoire. Les contrats aléatoires sont l'objet d'un titre particulier, dans lequel les règles concernant les rentes viagères trouvent naturellement leur place (*infr.,* tit. 12). V. art. 1914.

TITRE ONZIÈME.

DU DÉPOT ET DU SÉQUESTRE.

125. L'analogie de principes entre le contrat de dépôt et le commodat marquait ici la place de ce titre, qui, embrassant d'ailleurs le dépôt dans toute sa généralité, comprend aussi le séquestre.

CHAPITRE PREMIER.

DU DÉPOT EN GÉNÉRAL ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

126. Le mot dépôt, formé de *ponere,* avec l'augmentatif *de* (v. *Ulp.,* L. 1, D. *deposit.*), indique le placement d'une chose sous la garde d'une personne pour être ensuite restituée en nature à une autre. Cette remise à la garde d'autrui ne s'opère pas toujours par convention; c'est pour cela sans doute que la loi, dans la définition qu'elle donne du dépôt en général, emploie le mot *acte* de préférence à celui de *contrat.* V. art. 1915.

Le dépôt ainsi généralisé est de deux espèces : 1° le dépôt proprement dit, où la chose est confiée par une ou plusieurs personnes, pour être restituée, sur la première réquisition, soit au déposant unique, soit à tous les déposants; 2° le séquestre, où une chose contentieuse est placée sous la garde d'un tiers, pour être restituée à qui de droit, après l'événement de la contestation. V. 1916.

126 *bis.* Le séquestre a souvent lieu par autorité de justice; ce n'est point alors un contrat, puisqu'il n'est pas intervenu de convention entre le dépositaire et les parties qui ont intérêt à la conservation de la chose. C'est donc à cause du caractère particulier de ce genre

de dépôt que la définition du Code emploie le mot acte au lieu de l'expression contrat.

CHAPITRE II.

DU DÉPOT PROPREMENT DIT.

127. Le dépôt proprement dit est un contrat; la loi en détermine la nature et l'essence, eu égard à ses diverses espèces (sect. 1, 2 et 5); elle explique en détail les obligations qui en résultent (sect. 3 et 4).

SECTION I.

De la nature et de l'essence du contrat de dépôt.

128. Le dépôt proprement dit est un acte de confiance de la part de l'un des contractants, et un bon office de la part de l'autre. Il perdrait ce caractère, pour se rapprocher plus ou moins du louage, si celui qui se charge de garder la chose se faisait payer de ce service. Ce contrat est donc *essentiellement* gratuit. V. art. 1917; v. pourtant art. 1938-2°.

128 *bis*. I. C'est au point de vue de la qualification à donner au contrat et non pas en ce qui touche sa validité que le caractère de *gratuité* est considéré comme essentiel au dépôt. Le contrat non gratuit change de nature, il devient un louage de services, mais il faut reconnaître que ce changement de nom est assez indifférent au fond. Lorsqu'il s'agira, en effet, de rechercher quelles sont au juste les obligations du dépositaire, c'est, d'après une règle générale, l'intention des parties qu'il faudra consulter; si donc il existe quelques différences entre la situation d'un dépositaire et celle d'un locateur de services, il faudra appliquer à l'hypothèse les règles du dépôt, tacitement introduites dans la matière du louage par la convention des parties que manifeste l'emploi qu'elles ont fait du terme juridiquement inexact de dépôt. On ne pourrait pas, par exemple, soutenir que le dépositaire salarié a droit à conserver la garde, et par

conséquent à percevoir le salaire pendant un certain temps, car il est certain qu'en appelant le contrat un dépôt, on a entendu que la chose serait rendue à la première réquisition.

128 *bis*. II. Il est un point toutefois sur lequel la loi s'est exprimé et a formellement interdit d'étendre au dépôt salarié la règle du dépôt (art. 1918-2°, déclarant inapplicable la règle de l'article 1927). Cette exception confirme clairement la règle d'interprétation que nous venons de donner, car elle était inutile si l'on n'avait jamais dû soumettre le dépôt salarié aux principes du dépôt proprement dit.

128 *bis*. III. Il est vrai que l'article 1928-2° soulève une objection contre notre doctrine envisagée sous un autre aspect. On y parle de dépôt salarié, et par là on semble reconnaître que la gratuité n'est pas un caractère essentiel du contrat de dépôt. Mais il ne faut pas croire que les rédacteurs du Code aient songé, dans l'article 1928, au sens rigoureusement juridique du mot dépôt; ils suivaient Pothier; reproduisant une hypothèse que ce jurisconsulte avait examinée, ils employaient les mêmes termes que lui, et sous-entendaient par conséquent les observations qui les expliquaient. Pothier avait parlé du dépositaire qui s'est fait payer la garde, et il avait ajouté : En ce cas, le contrat n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit. Pothier et les rédacteurs du Code ont donc envisagé l'hypothèse du côté pratique, se préoccupant plutôt de la qualification inexactement donnée au contrat par les parties que de celle qu'il devrait recevoir dans un langage correctement juridique.

129. Le dépôt, consistant dans le placement d'une chose sous la garde d'autrui, ne s'applique naturellement qu'à ce qui est susceptible de garde et de changement de place; il ne peut donc avoir pour objet que des choses mobilières, c'est-à-dire ici des meubles corporels. V. art. 1918. Ce n'est pas qu'on ne puisse confier des immeubles à la garde d'autrui; mais, hors le cas de séquestre, qui est une sorte de dépôt applicable même aux immeubles (art. 1959), la charge de garder un immeuble rentrerait dans la catégorie générale du mandat.

129 *bis*. I. Parmi les choses corporelles qui peuvent être l'objet d'un dépôt, il faut placer les titres au porteur, et même les autres titres constatant l'existence de droits de toute nature (créances, rentes, actions, etc.). Ces derniers titres ne se confondent pas avec le droit, chose incorporelle, qui n'est pas susceptible de détention

physique et qui n'a pas besoin d'être gardé. Mais les écrits constatant l'existence de ces droits sont des choses matérielles, importantes à conserver, dont la perte est très-préjudiciable, et le contrat de dépôt a, par rapport à ces titres, de grandes raisons d'être.

129 *bis*. II. Si la loi ne considère pas les immeubles comme pouvant être les objets du contrat de dépôt, c'est qu'elle reste fidèle à la définition qu'elle a donnée de ce contrat, acte par lequel une personne *reçoit* la chose d'autrui. Le gardien, le surveillant d'un immeuble ne reçoit pas cette chose, il ne la place pas chez lui parmi les siennes propres comme fait le vrai dépositaire; au contraire, il la surveille bien souvent à distance. Si c'est un champ, il ne peut pas l'occuper d'une manière continue; si c'est une maison, et qu'il consente à l'habiter pour la mieux garder, c'est la maison qui l'abrite, et non pas lui qui abrite la maison. Le but principal du contrat est donc la surveillance même, c'est-à-dire l'accomplissement de certains actes, une sorte de gestion; nous sommes alors bien plus près du mandat que du dépôt. On fait observer, il est vrai, que le dépositaire de meubles doit quelquefois aussi accomplir des actes positifs; que s'il garde un animal, il faut bien qu'il le nourrisse. Ceci est exact, mais cette nécessité de prendre certains soins est accessoire et secondaire dans le dépôt qui a pour but principal de déplacer l'objet pour lui procurer un abri chez le dépositaire, tandis que l'accomplissement d'actes de surveillance est le but direct et unique du contrat de garde d'un immeuble (1).

129 *bis*. III. Les choses dont l'usage auquel elles sont destinées entraîne la destruction ne peuvent être l'objet d'un dépôt proprement dit qu'autant que la convention expresse ou tacite leur assigne un caractère qu'elles n'ont pas d'ordinaire en les convertissant en corps certains. Des pièces de monnaie, par exemple, seront déposées pour être restituées dans leur identité individuelle, les mêmes pièces et non pas seulement d'autres semblables (art. 1932). Si les objets remis conservent dans la pensée des parties leur caractère de choses se consommant par l'usage, celui qui les reçoit peut restituer des choses pareilles, le contrat a pour objet une quantité, mais alors le contrat est dénaturé, c'est un contrat fort usuel aujourd'hui sous forme de dépôt d'argent; les jurisconsultes l'appellent *dépôt irrégulier*. Il se rapproche du prêt, mais il en diffère

(1) V. Pothier, Dépôt n° 3.

en ce que le déposant peut exiger la restitution à sa première réquisition (1).

130. Il n'y a vraiment dépôt que lorsque la chose est déjà remise sous la garde de celui qui s'en charge. On peut bien, en vue d'un dépôt comme en vue d'un prêt à effectuer, faire valablement, dans notre droit, toute espèce de convention; mais le contrat de dépôt comme celui de prêt ne sera parfait, et ne produira les effets déterminés par la loi, que lorsque la chose sera possédée à ce titre par le dépositaire. Pour cela il y aura lieu ordinairement à lui en faire tradition; cette tradition, cependant, ne sera pas nécessaire quand il se trouvera déjà nanti de la chose à quelque autre titre, car la volonté suffira alors pour changer son titre; c'est ce que veut dire la loi quand elle indique, comme moyen de parfaire le dépôt, la tradition réelle ou feinte. V. art. 1919.

Remarquons ici que la tradition ne constitue un dépôt que lorsqu'elle a pour but principal de confier la chose à la garde de celui qui la reçoit. Si c'est dans un autre but qu'elle a lieu, quand même la garde de la chose entrerait secondairement dans l'intention des contractants, c'est la fin principale qui déterminerait la nature du contrat; en conséquence, il n'y aurait pas dépôt (v. *Ulp.*, L. 8, D. *mand.* L. 1, § 12 et 13, D. *depos.*). Par la même raison, la tradition qui aurait pour fin principale la garde de la chose ne constituerait pas moins un dépôt, quoique les parties se proposassent secondairement une autre fin (v. *Ulp.*, L. 1, § 34, D. *depos.*).

130 *bis*. I. Nous avons expliqué au tome V, n° 9 *bis*. II, comment il y a encore aujourd'hui des contrats réels, le dépôt est l'un de ces contrats; l'obligation qu'il fait naître est une obligation de restituer, elle ne peut se comprendre qu'autant que la chose a été remise au dépositaire. Avant cet événement, il peut y avoir une convention sur un dépôt futur, obligation d'accepter le dépôt, mais le dépôt n'existe pas. Voilà ce que dit l'article 1919.

130 *bis*. II. A bien dire, ce n'est pas la tradition qui est la condition *sine qua non* du dépôt, c'est la détention de la chose par celui qui

(1) V. Pothier, n°s 82 et 83.

devient dépositaire. C'est là ce que veut dire l'article, quand il parle de tradition feinte. L'explication qui complète l'article ne laisse aucun doute sur ce point; dès que celui qui devient dépositaire était déjà détenteur de l'objet, *nanti à un titre quelconque,* par exemple il l'avait trouvé dans la rue, il l'avait emprunté ou reçu en gage, il n'est pas nécessaire d'opérer matériellement une tradition, une sorte de cérémonial de remise; la volonté du propriétaire autorisant le détenteur à conserver la détention qu'il a déjà, moyennant que celui-ci s'oblige à restituer, suffit bien pour former le contrat de dépôt, puisque le détenteur accepte la garde et devient débiteur d'une restitution. L'idée de tradition feinte est un vestige des anciennes explications que donnaient à quelques textes les interprètes des lois romaines (1). Mais on peut dire qu'il n'y a rien de fictif dans l'opération, parce que la tradition n'est pas une solennité qu'il soit nécessaire d'accomplir ou de supposer accomplie pour créer l'obligation d'un dépositaire.

131. Des principes ci-dessus il résulte que le dépôt est un contrat de bienfaisance et un contrat réel. Ce contrat, du reste, quoiqu'il produise des obligations de part et d'autre, ne peut, pas plus que le prêt, être rangé dans la classe des contrats synallagmatiques proprement dits.

131 *bis*. La distinction entre les contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits est établie au tome V, n°s 5 et 5 *bis*. I et II.

132. Point de contrat sans consentement; ce principe s'applique au contrat de dépôt comme à tous les autres; mais le consentement, toujours essentiel pour former le dépôt, est quelquefois déterminé par une sorte de nécessité, qui soumet le contrat à des règles particulières. Sous ce rapport, le dépôt se divise en volontaire et nécessaire. V. art. 1920.

SECTION II.

Du dépôt volontaire.

133. Cette section, toujours relative à la nature et à l'essence du contrat de dépôt, contient sur ce point les règles qui

(1) V. Du Caurroy. *Institutes*, t. Ier, n° 296. M. Accarias, *Précis du droit romain*, t. 1er, p. 537 et 538. Édit. 1879.

n'ont pas d'application au dépôt nécessaire. Ces règles concernent : 1° le consentement des parties (art. 1921); 2° la propriété de la chose déposée (art. 1922); 3° la preuve du contrat (art. 1923, 1924); 4° la capacité des contractants (art. 1925, 1926).

134. Le dépôt volontaire se forme par le consentement, en ce sens, que c'est la volonté libre qui seule détermine à faire, à ce titre, la tradition constitutive du contrat. Cette volonté, qui au surplus n'a pas toujours besoin d'être expresse, doit exister également et simultanément chez celui qui fait le dépôt et chez celui qui le reçoit. V. art. 1921.

134 *bis*. Ce qui caractérise le dépôt volontaire et le distingue du dépôt nécessaire, c'est que la volonté du déposant n'est pas déterminée par des événements graves et menaçants imposant une prompte décision, ne permettant pas de choisir un dépositaire, obligeant de s'adresser en quelque sorte au premier venu; c'est en ce sens que M. Demante dit que la volonté libre détermine seule à le faire. L'article 1931 conviendrait à la définition générale du dépôt s'il n'était pas éclairé par sa comparaison avec l'article 1940. De ce dernier article, il résulte que le dépôt nécessaire est forcé par quelque accident, l'autre dépôt est celui qui n'est pas forcé, c'est-à-dire qui se fait spontanément et qui permet une mûre réflexion.

135. Il n'y a régulièrement que le propriétaire qui, ayant la libre disposition de sa chose, soit en droit d'en confier lui-même la garde à autrui, ou d'autoriser un autre à le faire. Sous ce rapport, il est vrai de dire que le dépôt volontaire ne peut être fait que par le propriétaire ou de son consentement. Peu importe d'ailleurs que le consentement soit exprès ou tacite. V. art. 1922; et remarquez que ce principe, proclamé ici par opposition, sans doute, au dépôt nécessaire, n'autorise point à conclure que le dépôt, sous certain rapport, ne puisse, aussi bien que le commodat (1), avoir pour objet la chose d'autrui (v. art. 1938).

135 *bis*. I. Le dépôt de la chose d'autrui n'a pas les conséquences graves de la vente, de la location ou du legs de la chose d'autrui.

(1) V. ci-dessus, n° 77.

Voilà pourquoi le Code, envisageant le dépôt au point de vue du droit que peut avoir le déposant sur l'objet déposé, ne déclare pas que le dépôt de la chose d'autrui est nul. Il se contente de constater que dans un état de choses normal, régulièrement, le dépôt doit être fait par le propriétaire. Il corrige au surplus ce que sa formule pourrait avoir de trop exclusif, en ajoutant que le consentement exprès ou tacite du propriétaire suffira pour la régularité du dépôt. Or, le consentement tacite sera supposé dans la grande majorité des hypothèses. En effet, les cas les plus nombreux dans lesquels un meuble sera détenu par un autre que son propriétaire seront ceux où le détenteur tiendra le meuble en vertu d'un contrat qui l'oblige à restituer. Dans ces cas, le créancier de la restitution, propriétaire du meuble, aura toujours intérêt à sa conservation, et l'on devra facilement supposer qu'en chargeant le débiteur de veiller à la conservation de la chose (art. 1137), il a autorisé les procédés de garde nécessaires, par conséquent le dépôt si le débiteur est momentanément dans l'impossibilité de conserver la chose. Dans ces circonstances, la question ne se posera pas sur la régularité du contrat de dépôt, mais sur la responsabilité du débiteur déposant à raison du contrat qui l'a constitué débiteur; il s'agira de savoir si le dépôt a été ou non un acte de bon père de famille.

135 *bis*. II. Dans les circonstances où le détenteur n'est pas lié envers le propriétaire par un contrat, quand il aura par exemple trouvé la chose, quand il la tiendra d'un autre que le propriétaire et qu'on sera en dehors de la sphère d'application de l'article 2279, on ne pourra pas croire à une autorisation tacite du propriétaire. Mais qu'importera quant à lui la régularité de dépôt? Il pourra agir en revendication contre le dépositaire détenteur, le dépôt n'aura donc pas porté atteinte à ses droits, et il n'aura pas d'action contre le déposant.

135 *bis*. III. Il reste à savoir si la circonstance que le déposant n'était pas propriétaire de l'objet a des conséquences entre le déposant et le dépositaire. L'article 1922 ne dit pas que le contrat soit nul pour cela. Dès lors le principe de la liberté des conventions doit conduire à la validité du contrat. La nature des choses ne s'oppose pas à ce qu'un simple détenteur cherche à faire conserver la chose qu'il détient; puisque le contrat n'a pas pour objet de transférer la propriété de la chose, où trouver la nécessité que le déposant soit propriétaire? Ce déposant a un intérêt à la conservation

de la chose, ne fût-ce qu'à cause de l'éventualité de la prescription de trois ans (art. 2279 et 2280) ou de celle de trente ans ; il agit licitement en vue de cet intérêt, lorsqu'il donne cette chose en garde, et il serait contraire à la bonne foi de traiter la convention comme non avenue. Le Code montre très-nettement sa pensée sur ce point dans l'article 1938, lorsqu'il oblige le dépositaire à restituer sans exiger du déposant la preuve qu'il est propriétaire.

136. Le dépôt est un contrat de pur droit naturel, que le droit civil n'assujettit pour son existence à aucune formalité. Bien plus, la position respective des parties au moment du contrat eût peut-être paru un motif suffisant de ne jamais exiger un écrit pour la preuve. Et toutefois, comme l'impossibilité de faire un écrit n'existe réellement qu'en cas de dépôt nécessaire, le dépôt volontaire reste, sous ce rapport, soumis à la règle générale (v. art. 1341).

De cette règle, combinée avec l'indivisibilité de l'aveu (art. 1356), il résulte que si le dépôt excédant 150 francs, et soumis conséquemment à l'obligation de passer acte, n'est point prouvé par écrit, le prétendu dépositaire en est cru sur sa déclaration; non-seulement pour le fait de dépôt par lui dénié, mais aussi pour la chose faisant l'objet du dépôt par lui avoué, ou pour le fait de la restitution. V. art. 1923 et 1924.

136 *bis*. I. La véritable formule de la règle sur la preuve du dépôt est dans la seconde partie de l'article. La preuve testimoniale du dépôt n'est point reçue pour valeur excédant 150 francs. Comme la véritable règle de l'article 1341 est qu'en principe, la preuve testimoniale n'est pas admise quand il s'agit de plus de 150 francs. L'article 1341 et l'article 1928 n'annulent pas les contrats en général et le contrat de dépôt en particulier à raison de ce qu'ils n'ont pas été constatés par écrit. Le doute n'est pas possible pour les contrats en général; l'article 1347 autorise la preuve testimoniale au cas de commencement de preuve par écrit; l'article 1348, au cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale. Ces deux exceptions doivent être appliquées même au cas du dépôt. Il est vrai que l'article 1924 n'en parle pas, mais cet article n'est qu'un rappel de l'article 1341, car ce dernier article avait expressément montré qu'il plaçait le dépôt sous l'em-

pire de sa règle générale, ce qui le place aussi sous l'empire des règles exceptionnelles, puisque les articles 1347 et 1348 commencent par ces mots : les règles précédentes reçoivent exception, et dans les règles précédentes se trouve écrite la règle sur le dépôt.

136 *bis.* II. Ceci étant, le dépôt n'est pas un contrat solennel, et nous devons admettre qu'il peut être prouvé par l'aveu; l'article 1924 le suppose, puisqu'il applique la règle sur l'indivisabilité de l'aveu (1).

136 *bis.* III. La délation du serment décisoire est également possible, puisqu'elle est admise en toute espèce de contestation pourvu que la contestation soit de nature à être terminée par une transaction (art. 1358 et 1360) (2), et il ne faut pas refuser d'admettre cette décision, parce que l'article dit que la partie est crue sur sa déclaration, car il n'est pas dit que cette foi résiste à la preuve contraire; or nous voyons très-bien qu'une partie peut combattre, par la délation du serment, une preuve légale, même celle qui résulte d'un acte écrit (3).

136 *bis.* IV. Nous ne parlons que du serment décisoire, les règles sur le serment déféré par le juge sont différentes. Il ne peut être déféré que si la demande n'est pas entièrement dénuée de preuve, et nous raisonnons dans l'hypothèse où le prétendu déposant n'a aucun moyen légal d'établir le dépôt (art. 1367).

137. Le dépôt volontaire, ne tirant que du consentement sa force obligatoire, reste entièrement soumis aux règles sur la capacité de contracter, mais la capacité n'étant jamais requise que dans la partie qui s'oblige (art. 1108), et les personnes capables ne pouvant opposer l'incapacité de la partie avec laquelle elles contractent (art. 1125), il en résulte que le dépositaire capable est tenu, comme à l'ordinaire, malgré l'incapacité du déposant. Bien entendu alors que c'est au représentant légal du déposant incapable qu'appartient la poursuite. V. art. 1925.

Il en est tout autrement quand c'est le dépositaire qui est incapable. Évidemment alors il n'est point obligé par le contrat (en ce sens du moins qu'il lui est loisible de le faire res-

(1) V. t. V, n° 334 *bis.* III.
(2) V. t. V, n° 337 *bis.* II.
(3) V. t. V, n° 337 *bis.* VI.

cinder); mais si la chose déposée existe dans sa main, il est, comme détenteur de la chose d'autrui, soumis à la revendication. Bien plus, l'incapacité n'autorisant jamais à s'enrichir aux dépens d'autrui, il est dans tous les cas personnellement tenu à restitution *quatenus locupletior factus est.* V. art. 1926.

137 *bis.* I. La disposition de l'article 1925 est la conséquence des règles sur le caractère relatif de la nullité fondée sur l'incapacité; aussi ne saurions-nous l'appliquer au cas où le contrat serait entaché d'un vice produisant la nullité absolue. Il pourrait arriver, par exemple, que le contrat fût absolument nul, faute de consentement, le prétendu déposant n'ayant pas concouru par sa volonté au dépôt. Ce ne serait plus alors en vertu du contrat que le dépositaire pourrait être poursuivi, il serait exposé à une action en revendication et à une action de gestion d'affaires, s'il avait agi dans l'intérêt du propriétaire; au cas de mauvaise foi, il pourrait arriver que le fait par lui commis fût un vol (art. 379, C. pénal). Ce ne serait pas en tout un abus de confiance (art. 408, C. pénal), puisque le contrat de dépôt n'aurait eu aucune existence.

137 *bis.* II. Quand c'est le dépositaire qui est incapable, la nullité du contrat peut être invoquée par lui pour se soustraire aux obligations que cette qualité impose, par exemple à celle de donner des soins à la conservation de la chose (art. 1927). Il faudrait cependant restituer l'objet, et le déposant aurait une action à cet effet : l'article 1926 reconnaît l'existence de cette action qu'il appelle une revendication. Elle aura en effet le plus souvent ce caractère, parce que ordinairement le déposant est le propriétaire de la chose; mais le contraire est possible, et quand le déposant ne sera pas propriétaire, il faudra bien qu'il ait une action en *restitution.* Cette action, que quelques-uns appuient seulement sur une raison d'équité, nous paraît être l'action de dépôt produisant les conséquences décrites par l'article 1312. Le contrat, en effet, n'est pas nul; il est annulable, le déposant l'invoque et demande l'exécution des promesses du dépositaire, celui-ci demande la nullité, mais le demandeur répond qu'on doit lui rendre ce qui a tourné au profit de l'incapable, et puisque la chose existe dans les mains dudit incapable, il n'est guère possible de soutenir qu'elle ne constitue pas pour lui un gain qu'il n'a pas le droit de conserver.

137 *bis*. III. Les mêmes principes nous fournissent la solution pour le cas où la chose n'est plus dans la possession de l'incapable, si à l'occasion de cette chose il a fait quelque bénéfice. Le déposant pourra le poursuivre dans les limites de ce dont il a profité.

137 *bis*. IV. Enfin, il pourrait arriver que l'incapable n'eût pas profité de la chose déposée, qu'il l'eût détruite, consommée sans utilité, alors il faudra distinguer : le dépositaire était-il doué de discernement, *capax doli*, a-t-il pu comprendre le caractère immoral de l'acte qu'il accomplissait, il devra des dommages et intérêts en vertu de l'article 1382, il aura par sa faute causé un préjudice, il sera tenu *quasi ex delicto*, et l'article 1310 reconnaît que le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

137 *bis*. V. On voit que nous ne considérons pas l'acte de l'incapable comme un véritable délit, surtout comme un délit d'abus de confiance puni par l'article 408 du Code pénal. C'est que ce délit suppose la préexistence du contrat de dépôt, et que l'incapable, ayant toujours le droit d'invoquer la nullité de ce contrat, détruirait par son action en nullité la condition essentielle de ce genre de délit.

SECTION III.

Des obligations du dépositaire.

138. C'est le dépositaire seul qui, dans ce contrat, est obligé principalement et immédiatement. Son obligation a deux chefs : la garde de la chose (art. 1927-1931), et sa restitution (art. 1932-1944).

§ I.

De l'obligation de garder la chose.

139. L'obligation de garder, commune à tout débiteur de corps certain (v. art. 1136), s'applique plus particulièrement au dépôt, qui se contracte précisément en vue de cette garde. Toutefois, le contrat intervenant dans l'intérêt unique du déposant, qui d'ailleurs aurait à s'imputer le choix d'un déposi-

taire négligent, l'obligation de veiller à la conservation ne doit pas être appliquée ici à la rigueur; aussi s'est-on toujours borné à exiger du dépositaire, non de la diligence, mais de la fidélité (v. *Just.*, Inst., § 3, *quib. mod. re contr. obl.; Ulp.;* L. 5, 2, D. *commod.;* L. 23, D. *de reg. jur.*). Il est clair du reste que ce serait manquer à cette fidélité que de donner à la chose déposée moins de soin qu'à ses propres choses. V. art. 1927; v. aussi *Cels.*, L. 32, D. *depos.;* v. pourtant art. 1137.

139 *bis*. I. La responsabilité du dépositaire est moins lourde que celle de tout autre débiteur de corps certain. Nous en avons dit la raison au tome V (n° 64 *bis*. I). Le dépositaire ne promet pas de jouer un rôle actif, il permet de placer la chose déposée parmi les siennes, et dès lors les parties ne doivent pas avoir entendu qu'il promet autre chose que de veiller sur la chose comme sur les siennes.

139 *bis*. II. C'est là un tempérament à la règle de l'article 1137, et il faut conserver à la règle ce caractère d'exception favorable. On ne devrait pas se servir de l'article 1927 pour obliger le dépositaire à des soins qui dépasseraient ceux d'un bon père de famille, s'il était pour ses propres affaires plus soigneux que le type du bon père de famille. Ce serait abuser de l'article 1927 en l'interprétant dans un sens absolument contraire à la pensée qui l'a inspiré.

140. Le déposant n'a plus précisément à s'imputer le choix d'un dépositaire négligent lorsque c'est celui-ci qui s'est offert à lui (v. *Ulp.*, L. 1, § 35, D. *depos.*). D'un autre côté, le contrat perd le caractère de gratuité qui restreint la responsabilité du dépositaire, si l'intérêt est commun aux deux parties, ce qui arriverait par la stipulation d'un salaire (v. *Ulp.*, L. 5, § 2, D. *commod.*); ou à plus forte raison, si c'est uniquement dans l'intérêt du dépositaire que le contrat est intervenu, *puta*, si de l'argent avait été remis entre ses mains pour lui faciliter le moyen de l'emprunter en cas de besoin (v. *Ulp.*, L. 4, D. *de reb. cred.*). Enfin les conventions tenant lieu de loi, il est évident que le dépositaire pourrait valablement s'obliger à répondre de toute espèce de faute (v. *Ulp.*, L. 1, § 6 et 35, D.

depos.). Dans ces quatre cas donc, la responsabilité du dépositaire est plus rigoureuse. V. art. 1928.

141. La loi, du reste, appliquant au dépositaire la règle commune à tout débiteur de corps certain, veut qu'il ne réponde *en aucun cas* des accidents de force majeure, sauf toutefois l'effet ordinaire de la demeure. V. art. 1929, et à ce sujet art. 1147, 1148, 1302.

141 *bis*. Parmi les événements graves qui peuvent détruire la chose déposée, il est difficile de ne pas songer à l'incendie. S'il s'agit de la destruction de l'objet déposé par un accident qui l'aurait détruit seul, il n'y a pas de doute que le dépositaire ne soit obligé à prouver que l'incendie ne provient pas de son fait. Le débiteur de corps certain doit toujours démontrer le cas fortuit qu'il allègue et par conséquent démontrer le caractère fortuit de l'événement qui a détruit la chose.

Ce cas est assez rare, mais il arrive plus fréquemment que la chose déposée périt dans l'incendie de la maison où le dépositaire l'avait placée. L'événement deviendrait-il alors fortuit parce qu'il ferait partie d'un sinistre plus complet? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que l'incendie d'une maison fût présumée légalement ne pas provenir de la faute de celui qui habite la maison; or cette présomption n'existe pas, loin de là. Nous avons expliqué sur l'article 1733 que le locataire est responsable de l'incendie parce qu'il est débiteur de la maison et qu'il ne peut se libérer qu'en démontrant le caractère fortuit de l'événement qui l'a détruite (1). Si telle est la situation de locataire comme débiteur de l'immeuble, telle doit-elle être lorsqu'on l'envisage comme débiteur de l'objet que l'immeuble renfermait.

Que si le dépositaire n'est pas locataire, mais propriétaire de la maison, il n'est tenu envers personne pour la destruction de l'édifice, mais sa situation reste la même dans ses rapports avec le déposant son créancier.

Il ne faut pas toutefois oublier l'article 1927 ; il modérera certainement la rigueur des décisions précédentes, parce que les juges, en examinant les preuves tendant à établir le cas fortuit, se trouveront en présence de questions de négligence; ils devront alors prendre pour *criterium* la diligence que le dépositaire apporte à ses propres

(1). V. t. VII, n° 179 *bis*. II.

affaires, et il pourra résulter de là qu'on le décharge de la responsabilité de la chose déposée plus facilement qu'on ne le déchargerait de celle de la maison louée où avait été conservée cette chose.

142. La fidélité que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose, l'oblige à ne point s'en servir sans la permission du déposant; cette permission, du reste, n'a pas besoin d'être expresse, il suffit qu'elle soit présumée. V. art. 1930. Mais comme elle ne résulte point en général de la remise à titre de dépôt, il faut qu'il y ait juste raison de la présumer.

Ce serait également contrevenir à la fidélité d'un dépositaire que de chercher à connaître la chose destinée à demeurer secrète. Cette destination est évidente quand la chose a été confiée sous clé ou sous cachet. V. art. 1931. Ajoutons que la connaissance de la chose, donnée par le déposant au dépositaire, n'autoriserait point celui-ci à transmettre à d'autres cette connaissance.

142 *bis*. Les choses qui se consomment par l'usage ne font pas partie de celles dont on présumera que le déposant a autorisé l'usage par le dépositaire. Car la consommation substituant une dette de quantité à une dette de corps certain, le contrat serait dénaturé, et il n'est pas présumable que l'intention du déposant a été de faire un contrat qui pourrait changer de nature à la volonté de l'autre partie.

Pour les meubles qui se détériorent quand on s'en sert, on ne présumera pas non plus que le dépôt implique un droit à l'usage. Au contraire, il y a des choses qui se détérioreraient si on ne les employait pas selon leur destination, un cheval, par exemple, qui souffrirait grandement à rester inactif dans l'écurie, et pour citer l'exemple de Pothier, un chien de chasse qui perdrait l'habitude d'arrêter le gibier s'il restait longtemps sans chasser (1).

§ II.

De l'obligation de restituer.

143. La seconde obligation du dépositaire est, comme on l'a dit, celle de restituer. A cet égard, la loi règle successi-

(1) V. Pothier, n° 37.

vement : 1° ce qui doit être restitué (art. 1932-1936); 2° à qui doit être faite la restitution (art. 1937-1941); 3° dans quel lieu (art. 1942, 1943); 4° dans quel temps (art. 1644).

144. L'obligation de restituer a évidemment pour objet la chose même que le dépositaire a reçue; c'est celle-là qui doit être identiquement rendue; cette règle s'applique au cas même où les choses déposées seraient de leur nature fongibles; elle s'appliquerait conséquemment au dépôt d'une somme d'argent monnayé; la diminution ou augmentation survenue dans la valeur des espèces déposées ne modifierait donc en rien l'obligation de rendre les mêmes espèces. V. art. 1932.

145. La chose demeurant aux risques du déposant, qui en est créancier, il est clair qu'elle ne doit être rendue que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Par conséquent, les détériorations restent à la charge du déposant lorsqu'elles ne sont pas survenues par le fait du dépositaire, c'est-à-dire, sans doute, lorsqu'elles ne proviennent pas d'une faute dont il doive répondre. V. art. 1933.

146. Toujours par suite des mêmes principes, le dépositaire ne répond point de l'enlèvement par force majeure. Mais s'il a reçu quelque chose en remplacement, il doit rendre ce qu'il a ainsi reçu, comme il rendrait ce qui resterait de la chose perdue. V. art. 1934, et à ce sujet, art. 1302, 1303.

147. Bien plus, on assimile au cas d'enlèvement par force majeure le cas de vente faite de bonne foi par l'héritier du dépositaire dans l'ignorance du dépôt. Cet héritier donc, quoiqu'il succède à l'obligation de son auteur, et qu'il ne dût pas, en principe, pouvoir s'en libérer par son propre fait, en sera quitte alors pour rendre le prix, ou pour céder son action contre l'acheteur (1). V. art. 1935; *Ulp.,* L. 1, § 47; et *Paul,* L. 2, D. *depos.*

A l'égard du dépositaire lui-même, il est certain que la vente qu'il ferait de la chose ne pourrait jamais le soustraire

(1) Quant au droit accordé autrefois au déposant de revendiquer la chose vendue soit par le dépositaire lui-même, soit par son héritier, voyez art. 2279.

aux effets de l'obligation de restituer, qui se résoudrait alors en dommages-intérêts, sans préjudice des peines encourues pour l'abus de confiance (C. pén., art. 408).

147 *bis*. I. La raison d'équité qui inspire la décision de l'article 1936 au cas où l'héritier du dépositaire a vendu la chose ignorant qu'elle était déposée, conduit à étendre cette décision au cas où lorsqu'il l'a détruite il s'est cru propriétaire. Si la chose a péri, ce n'est pas par sa faute, on ne saurait exiger de lui que la valeur dont il s'est enrichi.

147 *bis*. II. Nous assimilons au cas de destruction celui de donation. Le donataire peut résister à la revendication en s'appuyant, s'il est de bonne foi, sur l'article 2279; la chose est donc perdue et pour le déposant et pour l'héritier du dépositaire, celui-ci n'est pas en faute, il ne s'est pas enrichi, ce nous paraîtrait une rigueur contraire à l'article de lui imposer le paiement du prix que pouvait valoir la chose au moment de la donation (1).

Dans cette hypothèse de donation, tout ne serait pas perdu pour le déposant, car il aurait droit à se faire céder toutes les actions qui pourraient appartenir au donateur pour recouvrer la chose contre le donataire, par exemple l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges ou pour survenance d'enfant.

148. Le dépositaire ne devant aucunement profiter du dépôt, il est clair que s'il perçoit quelques fruits, il est obligé à les rendre comme la chose elle-même. Cette règle semble s'appliquer sans difficulté aux intérêts que, par événement, le dépositaire aurait tirés des sommes déposées. Du reste, comme il n'est pas tenu de placer ces sommes, puisqu'il n'en a pas le même le droit, il ne doit naturellement aucun intérêt, si ce n'est qu'il ait été mis en demeure de restituer. V. art. 1936.

148 *bis*. I. Il ne faut pas supposer que le dépositaire a fait produire des intérêts par les sommes déposées, car d'après l'article 1932 il doit rendre identiquement les pièces de monnaie qu'il a reçues en dépôt, et la production d'intérêts par les sommes déposées supposerait une violation du dépôt. Les intérêts ne seraient pas dus comme fruits produits par la chose; la question deviendrait une

(1) V., en sens inverse, Aubry et Rau, t. III, p. 443. Édit. 1856.

question de dommages et intérêts réclamés pour la destruction des corps certains déposés, et les tribunaux auraient le droit d'allouer une indemnité supérieure aux intérêts légaux, car l'article 1153 serait inapplicable, puisqu'il ne concerne que les débiteurs de sommes d'argent.

Il ne serait pas dû non plus d'intérêts au cas du dépôt irrégulier, parce que le dépositaire est débiteur d'une somme sans stipulation d'intérêts et que, lorsqu'il fait valoir un capital quelconque, on ne peut pas dire que c'est la somme déposée, puisqu'elle n'a pas d'individualité, de sorte que jamais on ne pourra démontrer que cette somme déposée a été employée au profit du dépositaire.

148 *bis*. II. L'article a donc, avec raison, envisagé seulement l'hypothèse de la mise en demeure. Dans ce cas, il consacre une exception aux règles qui régissent les débiteurs de sommes d'argent. D'après l'article 1153, les intérêts ne courent pas en vertu d'une simple mise en demeure, c'est-à-dire d'une sommation ou autre acte équivalent, il faut une demande en justice. Dans le cas spécial qui nous occupe, une simple mise en demeure suffit.

L'expression de l'article : *l'argent déposé,* ne montre pas clairement l'hypothèse précise que le législateur a en vue. S'agit-il d'un dépôt d'argent fait dans les conditions de l'article 1932? S'agit-il d'un dépôt irrégulier?

Nous croyons d'abord que l'article vise cette dernière hypothèse. Du moment, en effet, qu'on admet que le dépôt d'une somme qui sera restituée en quantité conserve les caractères du dépôt, c'est apparemment pour le soumettre à celles des règles de la matière qui ne sont pas absolument antipathiques avec sa nature propre. Or, l'exception que l'article 1936 fait à l'article 1153 dérive non pas de ce que le dépôt a pour objet des corps certains, mais de ce que le dépositaire doit rendre à la première réquisition, et qu'il doit avoir toujours à sa disposition ce qu'il doit restituer. Ceci est vrai du dépôt irrégulier comme du dépôt régulier, et c'est une raison pour appliquer l'article 1936 au premier de ces deux contrats.

148 *bis*. III. Il nous paraît même qu'il ne doit être appliqué que dans ce cas. Quand le dépôt d'une somme d'argent est régulier, l'argent déposé devient un corps certain, et par conséquent la règle de l'article 1153 sur la mise en demeure n'est pas applicable, il n'était pas besoin que l'article 1936 y dérogeât, c'est l'article 1139 qui est naturellement en jeu.

L'article 1153 contient une autre dérogation aux règles générales; il fixe les dommages et intérêts qui doivent consister dans les intérêts de la somme due. Nous n'admettons pas que cette règle s'applique au dépôt régulier d'une somme d'argent, parce que, nous l'avons dit plus haut, le dépositaire n'est pas débiteur d'une somme, d'une quantité, mais de corps certains. Les tribunaux seraient donc maîtres de fixer les dommages et intérêts soit au-dessus, soit au-dessous de l'intérêt légal, comme si l'on avait déposé des diamants, des médailles ou des tableaux. Cette solution que les principes imposent ne nous paraît pas contraire à l'article 1926, qui peut avoir statué sur l'hypothèse assez fréquente du dépôt irrégulier ou qui, s'il a songé à l'autre hypothèse, peut avoir voulu reconnaître aux juges le droit de condamner le dépositaire aux intérêts sans pour cela le contraindre à punir ainsi la demeure de ce débiteur.

149. L'obligation de restituer naissant du contrat de dépôt, dont l'effet se produit et se concentre, comme de raison, entre les parties contractantes, ce n'est, en principe, qu'au déposant que la chose doit être rendue. Bien entendu, au reste, que, si un tiers a déposé la chose au nom d'autrui, le véritable déposant est celui au nom duquel la remise a été faite. C'est donc à lui que la chose doit être rendue. Il n'est pas moins clair que la restitution est censée faite au déposant lui-même, lorsqu'elle l'est à une personne indiquée par lui pour la recevoir. V. art. 1937.

150. Le droit de réclamer la restitution étant attaché à la qualité de déposant, et la règle qui veut que le dépôt soit fait par le propriétaire (art. 1922) n'empêchant pas la validité du dépôt de la chose d'autrui, il en résulte naturellement que le dépositaire ne peut exiger du déposant, qui réclame la restitution, la preuve de sa propriété.

Ajoutons qu'il ne pourrait davantage, pour se dispenser de rendre au déposant, offrir la preuve de la propriété d'autrui. Mais si le propriétaire, contre lequel le déposant ne serait pas en droit de retenir la possession, réclame sa chose, il est juste qu'il ait la préférence sur celui-ci. Bien plus, l'équité de la restitution au véritable maître étant évidente, la loi fait

un devoir au dépositaire qui découvre que la chose a été volée, et quel en est le propriétaire, d'avertir celui-ci, avec sommation de réclamer dans un délai, que la loi ne fixe pas, mais qui doit être déterminé et suffisant. Le délai passé, si le propriétaire ne réclame pas, c'est à lui à s'imputer sa négligence, et il ne peut inquiéter le dépositaire qui a restitué au déposant. V. art. 1938; v., à ce sujet, *Ulp.*, L. 1, § 39; *Tryphon.*, L. 31, § 1, D. *depos.*

150 *bis.* I. Les choses perdues peuvent être revendiquées comme les choses volées (art. 2279); il est raisonnable, par conséquent, d'appliquer à celles-là ce que le Code dit de celles-ci. Le but de l'article est d'empêcher le détenteur d'une chose volée de mettre des entraves à la revendication de la chose en la cachant chez un dépositaire. La revendication de la chose perdue, rapprochée par l'article 2279 de la revendication de la chose volée, mérite d'être facilitée comme elle par la disposition de l'article 1938.

150 *bis.* II. L'obligation imposée au dépositaire de la chose volée, et nous ajoutons ou perdue, n'est pas dépourvue de sanction, car le dépositaire qui a négligé de la remplir aura souvent causé un préjudice au propriétaire; la revendication sera peut-être devenue impossible; le déposant resté en possession aura détruit ou aliéné la chose; ce préjudice résultera de la faute du dépositaire, et il sera tenu à la réparer (art. 1382). C'est à cette obligation de réparer le préjudice que songe l'article 1938 quand il déclare que le dépositaire qui a observé sa prescription sera déchargé. Il n'est pas, à proprement parler, déchargé; car la seule obligation qui pesait sur lui le liait au déposant et non au propriétaire, seulement libéré envers le déposant, il ne devient pas débiteur de dommages et intérêts envers le propriétaire.

150 *bis.* III. Il résultera quelquefois de l'article 1938 que le dépositaire trouvera le moyen d'éviter la restitution immédiate de la chose déposée, en alléguant qu'il a découvert que la chose était volée ou perdue; peut-être même aura-t-il fait dénonciation à un prétendu propriétaire avant la demande en restitution du dépôt. Les juges devront apprécier la sincérité et la probabilité des assertions du dépositaire, ils pourront autoriser celui-ci à garder la chose; mais si plus tard il est démontré que le dépositaire avait allégué légèrement ou par dol que la chose était chose perdue

ou volée, il serait condamné à des dommages et intérêts envers le déposant.

150 *bis*. IV. Nous venons de supposer que le propriétaire n'a pas encore manifesté sa prétention quand le dépositaire refuse de livrer la chose au déposant. Il peut en être autrement; si le dépositaire a reçu une demande en revendication il commettrait une imprudence en restituant la chose au déposant; sa position est analogue à celle d'un débiteur qui a reçu la signification d'une saisie-arrêt. L'hypothèse est prévue par l'article 1944, car cette revendication implique une opposition à la restitution ou au déplacement de la chose déposée.

150 *bis*. V. Il serait également imprudent d'acquiescer à la demande en revendication alors même que le déposant n'aurait pas encore demandé la restitution, ou même de défendre à l'action en revendication sans appeler en cause le déposant, car le jugement qui interviendrait entre le dépositaire et le revendiquant n'aurait pas force de chose jugée par rapport au déposant qui pourrait soutenir et faire juger contre le dépositaire que le tiers revendiquant n'était pas propriétaire.

151. Les principes du droit commun sur la transmission des créances amènent naturellement cette conséquence, qu'après la mort du déposant, c'est à ses héritiers, ajoutons ou autres successeurs, qu'est due la restitution. Ce principe s'appliquait aussi bien au cas de mort civile qu'au cas de mort naturelle (v., à ce sujet, *Tryphon.,* L. 31, D. *dep.*).

Il est clair, du reste, que la chose doit être rendue en entier à l'héritier s'il est unique; mais lorsqu'il y en a plusieurs, chacun n'y ayant droit que pour sa part, il faut nécessairement distinguer si la chose est *divisible* ou *indivisible,* disons mieux, si elle est ou non susceptible de parties réelles. Au premier cas, nulle difficulté; chacun peut réclamer et recevoir sa part sans le concours des autres. Au second cas, qu'il ne faut pas confondre avec celui d'indivisibilité proprement dite, puisque la chose déposée est toujours susceptible d'une division au moins intellectuelle, la loi n'accorde ni à chacun en particulier (v, art. 1224), ni à la majorité des intéressés (v. *Gaius,* L. 14, D. *depos.*), le droit de réclamer et de rece-

voir la chose en totalité; elle veut qu'ils s'accordent tous pour la recevoir. V. art. 1939.

151 *bis*. Il est un point qui n'est pas réglé par l'article : quand la chose ne peut pas se diviser en parties matérielles distinctes, si les héritiers du déposant ne s'accordent pas pour recevoir la chose, comment le dépositaire pourra-t-il se décharger du dépôt? La situation nous paraît simple, et la solution découle des principes; c'est probablement pour cela que le Code n'a pas jugé nécessaire de l'indiquer. Le dépositaire est débiteur, il a droit de se libérer; si les créanciers ne reçoivent pas tous à l'amiable la restitution, il leur fait des offres réelles, sous la condition que tous accepteront les offres, et si cette acceptation unanime n'a pas lieu, il fait une consignation de la chose due; après qu'il aura fait valider ses offres et sa consignation, il sera déchargé. Ce sera l'affaire des héritiers de retirer l'objet consigné, et la fin de leur désaccord sera une licitation provoquée par l'un d'eux.

152. Lors même que le droit du déposant continue à résider dans sa personne, l'exercice de ce droit peut passer à un autre. Ainsi quand, par l'effet d'un changement d'état, *puta*, par mariage ou interdiction, l'administration de ses droits et de ses biens se trouve confiée à une autre personne, c'est entre les mains de cette personne que la restitution devra avoir lieu. V. art. 1940.

153. De même, au reste, que le dépôt opéré par une personne doit, en cas d'incapacité survenue, être restitué à son représentant légal, il est évident, à l'inverse, que le dépôt opéré par le représentant, au nom de l'incapable, doit être restitué à la personne elle-même lorsqu'elle a recouvré l'administration de ses biens et de ses droits. V. article 1941.

154. Quant au lieu où doit être fait la restitution, la première règle ici, comme pour tout autre cas de paiement, c'est de s'en tenir à la convention des parties, s'il y en a une à ce sujet. Mais tandis qu'ordinairement la convention de payer en certain lieu met à la charge du débiteur les frais du transport dans ce lieu, l'équité, qui ne permet pas que le service rendu par le dépositaire le constitue en dépense, met natu-

rellement à la charge du déposant les frais du transport, dont le soin seulement reste imposé au dépositaire. V. art. 1942, *Pomp.*, L. 12, D. *depos.*

Au moyen de ce tempérament d'équité, l'obligation de faire tranporter la chose d'un lieu dans un autre n'ayant rien de contraire à la nature du contrat de dépôt, le Code, plus sévère que l'ancien droit, laisse subsister, contre le dépositaire, la règle générale qui, à défaut de désignation, détermine le lieu du paiement par celui où se trouvait, au temps de l'obligation, le corps certain qui en est l'objet. En conséquence, la restitution doit être faite au lieu même du dépôt. V. art. 1943, et à ce sujet art. 1247; v. au contraire *Pomp.*, L. 2, § 1, D. *depos.*

154 *bis.* I. L'expression dont se sert la loi pour déterminer le lieu où doit se faire la restitution du dépôt ne laisse pas d'être obscure. Qu'entendre par le *lieu du dépôt?* Le sens naturel de l'expression paraît être le lieu où a été fait le contrat, c'est alors l'application de l'article 1247, car il s'agit d'une obligation de corps certain, le dépôt régulier ne pouvant pas en faire naître une autre; de plus, le lieu où le contrat a été fait se confond en matière de dépôt avec le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet (art. 1247). Puisque le dépôt est un contrat réel naissant de la remise de la chose, le contrat s'est nécessairement formé dans le lieu même où se trouvait la chose lors de sa formation.

La solution se rattache donc à un principe, et cependant elle paraît n'être pas à l'abri des critiques. Tient-elle un compte suffisant de la volonté des parties? Comment croire que le dépositaire qui rend un service gratuit a pu accepter la charge de transporter la chose déposée? N'a-t-il pas dû penser qu'il s'obligeait seulement à tenir la chose à la disposition du déposant? Souvent il sera impossible de croire que les parties ont entendu régler ainsi la restitution; si la chose a été remise au dépositaire soit chez le déposant, soit dans une localité où n'habite ni l'un ni l'autre des contractants, la convention a pour résultat prévu que le dépositaire emportera l'objet et le gardera chez lui. Il n'est pas venu dans la pensée des parties, surtout dans la seconde hypothèse, que la chose sera trans-

portée, sans utilité pour le déposant, dans le lieu où il se trouvait accidentellement lors du dépôt.

Dans ce cas au moins, nous nous croirons autorisé à décider que la convention tacite a fixé le domicile du débiteur comme lieu du paiement.

154 *bis*. II. Mais en dehors de cette hypothèse et en examinant le cas même où le contrat a été fait chez le débiteur, nous considérons la solution de la loi comme regrettable. Elle applique une règle générale sur la valeur de laquelle nous avons déjà fait des réserves (1). Nous avons montré que cette règle, écrite dans l'intérêt du débiteur et en songeant aux choses encombrantes et difficilement transportables, ne devait pas être étendue aux espèces dans lesquelles l'objet dû n'aurait aucun de ces caractères. Si l'on admet cette distinction sur l'article 1247, il faut l'appliquer à l'article 1943, qui se trouve ainsi à l'abri des critiques; si l'on rejette la distinction, on arrive à ce résultat que le dépositaire qui a changé de domicile a aggravé son obligation de restituer, alors certes qu'il ne s'est pas interdit ce changement et qu'il a été contraint par son obligation même d'emporter avec lui la chose déposée (2). Pour tout dire cependant à la décharge de la loi, en appliquant, ce qui paraît aller de soi, la fin de l'article 1942 au cas de l'article 1943, la charge de transport est moins lourde qu'elle ne paraît l'être au premier abord; néanmoins elle impose au dépositaire des soins et par conséquent une responsabilité qu'il a le droit de redouter.

155. Le dépôt n'étant fait que dans l'intérêt du déposant, il doit naturellement lui être remis aussitôt qu'il le réclame. Le terme même qui serait fixé par le contrat ne ferait point obstacle à cette règle, car il ne serait censé stipulé qu'en faveur du déposant. Toutefois, la règle souffre quelques limitations : ainsi la saisie-arrêt ou opposition faite par un tiers aurait ici son effet ordinaire. V. art. 1944, et à ce sujet, art. 1242; C. Pr., art. 557. Il est certain, du reste, qu'à cette exception il faut joindre celle de l'article 1948. Il n'est pas moins évident qu'on ne pourrait refuser au dépositaire le temps nécessaire pour faire venir la chose, si elle ne se trouve

(1) V. t. V, n° 186 *bis*.
(2) V. Pothier, contrat de dépôt, n° 57.

pas au lieu où elle doit être rendue. Voyez, en outre, art. 1946.

155 *bis*. I. Pothier ajoute aux cas énumérés dans lesquels le dépositaire peut retarder la restitution : 1° celui où il a fait des impenses pour la conservation de la chose (art. 1948); 2° celui où la restitution est demandée par un héritier qui n'a pas encore justifié de sa qualité (1).

155 *bis*. II. Nous indiquerons un autre cas, celui où le dépositaire, créancier du déposant pour une cause étrangère au dépôt, a formé une saisie-arrêt entre ses propres mains. Nous avons expliqué et justifié au tome V la saisie-arrêt qu'un débiteur, créancier de son créancier, fait sur lui-même (2), et nous ne voyons rien qui puisse dépouiller le dépositaire du droit que nous reconnaissons à un créancier quelconque. Ce n'est pas l'article 1293-2°, qui a trait à la compensation légale et qui, quelque explication qu'on en donne, ne saurait s'appliquer à l'hypothèse toute différente de la saisie-arrêt (3). Ce n'est pas non plus l'article 1948 qui en accordant spécialement le droit de rétention en faveur des créances résultant du dépôt, doit être considéré comme refusant le droit de saisir pour toute autre créance. Certes, nous n'attribuerons pas le droit de rétention pour les créances étrangères au dépôt, mais autre chose est le droit de rétention, autre chose le droit de saisir-arrêter. Le droit de rétention est une cause légitime de préférence (4), et ces causes n'existent que dans les cas spécialement déterminés par la loi (art. 2093, 2094). C'est là ce qui explique l'utilité de l'article 1948 et ne permet pas de tirer de cet article un argument *a contrario;* mais le droit de saisie-arrêter est le droit de tout créancier, il s'appuie sur les articles 2092, 2093 et 1166, et il n'est pas besoin d'un texte spécial pour le reconnaître existant au profit d'un créancier, il faudrait au contraire un texte clair et précis pour le lui dénier. La situation du créancier diffère du reste essentiellement, selon qu'il a le droit de rétention ou simplement le droit de saisir; au premier cas, il est préféré à tous autres, au moins en tant qu'il s'agit de conserver la chose et de faire obstacle à toute vente qui le priverait

(1) V. Pothier, n° 59.
(2) T. V, n° 251 *bis*. IX et X.
(3) V. t. V, n° 244 *bis*. V-VII.
(4) V. t. IX, n° 5 *bis*. II.

de sa détention; au second cas, il est en concurrence avec tous les autres créanciers sur la valeur qu'il a saisie-arrêtée, et l'ancienneté de la saisie ne lui donne aucune priorité sur ceux qui saisiraient après lui.

§ III.

Dispositions communes aux deux obligations du dépositaire.

156. Ces dispositions sont relatives : 1° à la sanction de ces obligations (art. 1945); 2° à la cause particulière qui les fait cesser (art. 1946).

157. Tout débiteur qui contrevient à la loi de son contrat manque, sous certain rapport, à la confiance qui lui a été accordée; mais cette proposition s'applique surtout au contrat de dépôt, qui est essentiellement un acte de confiance. De là une défaveur particulière qui s'attache au dépositaire infidèle. Il est clair qu'il ne peut mériter l'indulgence qu'on accorde au malheur joint à la bonne foi. Aussi la loi proclame-t-elle comme principe de la matière son exclusion du bénéfice de cession, exclusion qui du reste est commune à tout débiteur de mauvaise foi. V. art. 1945, et à ce sujet, art. 1268; C. Pr., art. 905.

157 *bis*. I. Il ne s'agit dans l'article que du dépositaire infidèle et non pas de tout dépositaire condamné pour faits relatifs au dépôt; l'infidélité suppose la mauvaise foi, et le dépositaire peut être condamné pour de simples négligences.

157 *bis*. II. Voir, sur l'utilité du bénéfice de cession depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière civile, tome V, n° 213 *bis*.

158. On ne peut évidemment se constituer gardien, pour autrui, d'une chose dont on est soi-même propriétaire, et dont, à ce titre, on a l'entière faculté de disposer. Celui donc qui, par erreur, recevrait en dépôt sa propre chose, ne contracterait point valablement les obligations d'un dépositaire; seulement, le fait matériel du dépôt mettant la présomption contre lui, ce serait à lui à prouver sa propriété; mais cette

preuve faite, toutes les obligations cesseraient. V. art. 1946; *Julien*, L. 15, D. *depos.*

SECTION IV.

Des obligations de la personne par laquelle le dépôt a été fait.

159. Le déposant ne contracte, ni implicitement, ni explicitement, aucune obligation immédiate. Mais il peut incidemment se trouver obligé, *ex æquitate*, à raison du dépôt qu'il a fait. Ses obligations peuvent avoir pour sujet : 1° le remboursement des dépenses faites par le dépositaire pour la conservation de la chose; 2° l'indemnité des pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées. V. art. 1947.

159 *bis*. I. Les dépenses de conservation consisteront, par exemple, dans les frais de nourriture de l'animal déposé, les médicaments s'il a été malade. Quant aux pertes occasionnées par le dépôt, on peut supposer que l'animal était atteint d'une maladie contagieuse, ou que des liquides corrosifs étaient contenus dans des vases mal clos, et qu'ils ont endommagé des objets appartenant au dépositaire.

159 *bis*. II. Entre ces deux genres de créances, nous signalerons une différence importante. La première est protégée non seulement par le droit de rétention (art. 1948), mais par un privilège (art. 2102-3°); la seconde n'est garantie que par le droit de rétention.

La raison de cette différence est très-facile à saisir. Le déposant qui a fait des frais pour la conservation de la chose, a agi, sinon en vue des autres créanciers, au moins dans leur intérêt, il leur a conservé une chose qui est leur gage, et il serait inique que ceux-ci fussent payés sur ce gage, avant qu'il fût intégralement remboursé. C'est la raison très-équitable d'un très-grand nombre de privilèges (1). Au contraire, la créance du dépositaire qui a subi un préjudice est certes très-justifiée, mais elle n'est pas fondée sur un enrichissement du déposant, sur une augmentation du gage de ses créanciers, il n'y a pas là une base pour un privilège.

(1) V. t. IX, n°s 21 *bis* et 30 *bis*. I.

159 *bis*. III. Des auteurs ont contesté ce que nous disons sur le privilège, ils le refusent au dépositaire. Nous ne voyons pas bien leur raison. L'article 2102-3° ne fait pas de distinction, il n'attribue pas le privilège à telle ou telle personne, mais impersonnellement aux frais faits pour la conservation de la chose. Voilà le texte nécessaire pour asseoir un privilège. La raison de ce texte s'applique parfaitement à un dépositaire, et nous ne comprenons pas pourquoi cet homme ne serait pas traité comme toute autre personne ayant conservé la chose. Serait-ce parce qu'il a rendu un double service au débiteur, l'un en qualité de dépositaire, l'autre comme conservateur de la chose?

Si l'on dit que l'existence du droit de rétention implique la non-existence du privilège, nous répondrons que rien dans la loi n'interdit le cumul de ces deux droits, et qu'on voit, par exemple, le vendeur de meubles jouir d'un droit de privilège en vertu de l'article même qui nous occupe, l'article 2102, tandis qu'il peut avoir un droit de rétention en vertu de l'article 1612 (1).

160. Les obligations incidentes du déposant ayant toujours leur principe dans le contrat de dépôt, il est juste que leur accomplissement devienne la condition de l'obligation principale du dépositaire. De là le droit de rétention accordé à celui-ci jusqu'à l'entier paiement de ce qui est dû à raison du dépôt. V. art. 1948; v. aussi art. 2102-3°.

SECTION V.

Du dépôt nécessaire.

161. Le dépôt nécessaire est ainsi appelé parce qu'il ne procède pas de la volonté libre du déposant, mais d'une volonté forcée par quelque accident, qui, menaçant ses effets d'une destruction imminente, l'oblige, pour les préserver, de les remettre instantanément aux mains de la première personne qui peut s'en charger. V. art. 1919.

(1) V. C. C., 10 décembre 1850. Sirey, 1851-I, 143. V. cependant Aubry et Rau, t. III, p. 452. Édit. 1856.

162. L'urgence des circonstances ne permettant pas en pareil cas de se procurer une reconnaissance par écrit, il eût été injuste d'appliquer au dépôt nécessaire les règles ordinaires sur la preuve testimoniale. Aussi, dans ce cas, cette preuve est-elle admise, quelle que soit la valeur de la chose. V. art. 1950, 1348.

163. Cette dérogation est la seule qui soit ici consacrée, et les règles ordinaires du dépôt sont expressément déclarées toutes applicables d'ailleurs au dépôt nécessaire. Voy. art. 1951.

Toutefois, le déposant n'ayant point alors à s'imputer le choix d'un dépositaire négligent, il semble juste que la responsabilité de celui-ci puisse être, suivant les cas, plus rigoureusement appliquée. La loi elle-même déployait contre lui cette rigueur en le soumettant à la contrainte par corps (art. 2060-1°). Cette voie d'exécution est aujourd'hui abolie en matière civile (l. du 22 juillet 1867, art. 1er).

En outre, il paraît conforme à la nature des choses et à l'intention du législateur, manifestée par l'économie des articles du Code, de modifier dans leur application au dépôt nécessaire les règles relatives à la propriété du déposant (art. 1922) et à la capacité des parties contractantes (art. 1925 et 1926).

163 *bis*. I. En examinant ce que nous avons dit sur les articles 1922, 1925 et 1926, on verra que les dispositions de ces articles sont applicables sans tempérament au dépôt nécessaire.

Le premier de ces articles, en effet, admet la validité du dépôt fait par un autre que le propriétaire, pourvu que le déposant ait au moins reçu un mandat tacite de faire le dépôt. Or, il est bien certain que quiconque tient la chose d'autrui, du consentement du propriétaire, a tacitement la charge et le pouvoir de garantir cette chose des conséquences de tout accident grave de la nature de ceux qui amènent le dépôt nécessaire.

Que si le déposant ne tenait pas la chose de la volonté du propriétaire, il n'aurait pas agi pour celui-ci, et nous ne pourrions pas plus dans ce cas que dans celui du dépôt volontaire, faire produire

au contrat des effets dans les rapports entre le dépositaire et le propriétaire. Mais le contrat produira ces effets entre les contractants (1).

163 *bis*. II. L'article 1925, dans son premier alinéa, contient une formule dont nous n'avons pas à restreindre la rigueur à propos du dépôt nécessaire, parce que la suite de l'article 1925 et l'article 1926 y apportent des restrictions indispensables, même en matière du dépôt volontaire.

On ne peut certes pas refuser d'appliquer au dépôt nécessaire l'article 1925, deuxième alinéa, qui contient une application pure et simple des principes sur les obligations annulables.

Quant à l'article 1926, qui suppose un dépositaire incapable, ses solutions sont trop raisonnables et trop juridiques pour les modifier, quand il s'agit du dépôt nécessaire. Quand l'urgence du danger aura contraint le déposant à recourir à un dépositaire incapable, ne faut-il pas toujours tenir compte de l'incapacité? Le mineur ou l'interdit doit-il être moins protégé? La loi ne l'a pas dépouillé du privilège de son incapacité. Dès lors il faut régir sa situation par l'article 1926 et les différents articles du titre des contrats qui l'expliquent et le complètent (2).

164. Lorsqu'un voyageur logeant dans une auberge ou hôtellerie y apporte avec lui des effets, l'aubergiste ou hôtelier n'en devient pas proprement dépositaire; car ces effets peuvent n'avoir pas été spécialement confiés à sa garde; et quand ils l'auraient été, cette remise serait plutôt considérée comme un accident du contrat de louage, que comme formant un contrat à part. Quoi qu'il en soit, il n'a jamais été douteux dans le second cas, appelé *dépôt d'hôtellerie*, que l'*hôtelier* ne fût tenu de la garde, et plus rigoureusement même qu'un dépositaire ordinaire. Notre Code consacre cette doctrine, pour l'un comme pour l'autre cas, en déclarant les aubergistes ou hôteliers responsables *comme dépositaires*, par cela seul que les effets ont été apportés par le voyageur. Du reste, la remise chez l'aubergiste étant, sous certain rapport, forcée, cette remise, une fois qualifiée dépôt,

(1) V. *supra*, n° 135 *bis*. I-III.

(2) V. ci-dessus, n° 137 *bis*. I-V.

est à juste titre considérée comme dépôt nécessaire. V. art. 1952; et à ce sujet, art. 1950 et 2060-1°; v. aussi *Ulp.,* L. 1, D. *naut. caup.*

164 *bis.* L'article 1348 tire une conséquence très-importante du caractère *nécessaire* attribué au dépôt d'hôtellerie. Ce dépôt peut être prouvé par témoins, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de 150 francs. Seulement les tribunaux ont le droit de tenir compte de la condition des personnes et des circonstances de fait, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas esclaves des témoignages apportés et qu'ils ont en cette matière, comme toutes les fois que la preuve testimoniale est admise, le droit de tenir compte de présomptions abandonnées à leur sagesse (art. 1353).

165. La responsabilité de l'aubergiste s'applique même au fait des tiers. D'abord il est évident, quand on ne le considérerait pas comme dépositaire, qu'il répondrait toujours du fait de ses domestiques et préposés (v. art. 1384). La même raison pourrait encore le faire répondre du fait de ses pensionnaires. Mais pour donner aux voyageurs une sûreté complète, la loi, tranchant à cet égard toute incertitude, déclare l'aubergiste responsable, même du fait des allants et venants. Cette responsabilité, du reste, comprend également le cas de vol et celui de dommage. V. art. 1953, et à ce sujet, *Ulp.,* L. 1, § 8; *Gaius,* L. 2, D. *naut. caup.;* v. pourtant *Ulp.,* L. unique, § 6, D. *furt. adv. naut.; Paul.,* L. 6, § 3, D. *naut. caup.*

166. Quoi qu'il en soit, la loi, ne rendant l'aubergiste responsable du vol que parce qu'elle le présume imputable à un défaut de soin, sa responsabilité cesse dans les cas de force majeure, dans lesquels rentrent naturellement les vols faits avec force armée. V. art. 1954. Il est évident qu'il en faut dire autant de tout accident autre que le vol, résultant également d'une force majeure.

166 *bis.* L'aubergiste serait également déchargé de sa responsabilité s'il prouvait que la perte est le résultat d'une négligence imputable au voyageur.

Ajoutons que, par les raisons que nous avons exposées à propos

du contrat de transport, la responsabilité de l'aubergiste ne pourrait pas être supprimée ou limitée sans une convention expresse, et que cette convention ne serait pas prouvée par le simple fait d'un avis imprimé ou manuscrit placardé dans telle ou telle partie de l'hôtel (1).

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE.

SECTION I.

Des diverses espèces de séquestre.

167. Le mot séquestre s'applique plus particulièrement au cas où une chose, dont la propriété ou la possession est litigieuse, est remise à la garde d'un tiers jusqu'à l'événement du litige, pour être alors restituée à qui de droit. Mais la loi comprend, sous le nom de séquestre, tous les cas ou, par ordre ou mandat de justice, une chose est confiée à la garde d'un tiers, pour la conservation des droits divers des intéressés. Ce point de vue, qui multiplie les espèces de séquestre, n'empêche pas cependant de les ramener toutes à deux principales : 1° le séquestre conventionnel; 2° le séquestre judiciaire, qui, dans le langage du Code civil, comprend tous les cas de dépôts judiciaires. V. art. 1955.

SECTION II.

Du séquestre conventionnel.

168. Le séquestre conventionnel est une sorte de contrat de dépôt, puisqu'il consiste dans la remise, volontairement

(1) V. t. VII, n° 235 *bis*.

faite, d'une chose, sous la garde de l'un des contractants, qui s'oblige à la rendre; mais le caractère distinctif de ce dépôt, c'est qu'ayant pour objet une chose contentieuse, la restitution n'en doit être faite qu'après la contestation terminée, et à celui des contendants qui sera jugé devoir l'obtenir. De là, au reste, il résulte certainement que ce dépôt doit régulièrement être opéré par deux personnes au moins (v. *Florent.,* L. 17, D. *h. t.*); cependant, à s'attacher aux termes de la loi, il peut être fait même par une seule. V. art. 1956.

168 *bis*. I. Le Code reconnaît avec raison que le contrat de séquestre peut être fait entre le dépositaire (appelé aussi séquestre) et un ou plusieurs déposants. Cependant il semble, au premier abord, que le dépôt doit être fait par les deux parties contendantes, c'est bien l'hypothèse normale, et c'est alors seulement que le contrat produira toutes les conséquences qu'il peut produire, alors seulement que le dépositaire sera lié envers les deux parties et ne pourra pas se libérer en remettant l'objet à l'une d'elles avant le jugement de la contestation. Aussi Pothier, dans sa définition, suppose-t-il que le dépôt a été fait par deux ou plusieurs personnes.

168 *bis*. II. L'hypothèse du Code, le dépôt fait par une seule partie, est cependant possible, et le contrat, s'il ne produit pas la plénitude des effets du contrat fait par les deux parties contendantes, donnera cependant naissance aux obligations du séquestre envers la partie déposante. On ne peut donc pas reprocher aux rédacteurs du Code d'avoir donné à leur définition une largeur que Pothier ne donnait pas à la sienne.

Le contrat du dépôt fait par une seule des parties contendantes sera valable, et il en résultera entre le déposant et le dépositaire les relations que crée le séquestre. Seulement cette convention, à laquelle l'autre partie est étrangère, ne peut pas conférer à celle-ci de droit contre le dépositaire; celui-ci n'est pas tenu envers la partie qui n'a pas joué un rôle dans le contrat, et notamment il n'est pas forcé de respecter la clause par laquelle il a été stipulé que la restitution dépendrait de l'événement du procès. Si le déposant unique redemande la chose, le dépositaire ne peut pas refuser de la rendre, puisqu'il n'est pas exposé à des réclamations de la part de l'autre partie envers laquelle il n'est pas engagé.

168 *bis*. III. Le contrat cependant n'est pas dénué de tout effet à l'égard du contendant qui y a été étranger. Il contient en effet une stipulation en faveur d'un tiers. Dans la pensée du déposant, la chose devait être conservée par le dépositaire dans l'intérêt de qui de droit. La convention doit donc valoir ce que vaut une stipulation au profit d'un tiers; elle peut, il est vrai, être révoquée, c'est pourquoi nous avons dit que le déposant pourrait exiger la restitution, mais cette faculté de révocation n'existe plus quand le tiers a déclaré vouloir profiter de la stipulation (art. 1121). Le contrat se complète alors et produit tous les effets d'un séquestre constitué par les deux parties intéressées.

169. La remise d'une chose à un tiers, dans le but qui vient d'être indiqué, forme l'élément substantiel du séquestre, qui dès lors ne perdra point son caractère, soit que la garde doive être ou non salariée. Seulement le séquestre non gratuit tiendra plus du louage que du dépôt; tandis que le séquestre gratuit restera, sauf les différences déjà marquées et celles qui vont suivre, soumis aux règles du dépôt proprement dit. V. art. 1957, 1958. Il est clair, d'après cela, que le séquestre gratuit produit, en général, entre les contractants, les mêmes obligations que le dépôt.

169 *bis*. Le séquestre est une variété du dépôt, la loi ne le considère pas comme un mandat; il ne faut donc pas lui appliquer la règle de l'article 2002, qui établit la solidarité légale des mandants. lorsqu'ils sont plusieurs, envers le mandataire. La solidarité légale ne se présume pas, elle est de droit étroit, elle ne peut être appuyée que sur un texte spécial.

Le séquestre sera cependant protégé par un droit de rétention (art. 1948), en vertu duquel il refusera à la partie qui aura gagné le procès la restitution de la chose, tant qu'il n'aura pas été intégralement payé des dépenses faites pour la conservation de cette chose.

170. Le dépôt proprement dit n'ayant point pour but de déplacer la possession, que le déposant au contraire doit retenir par le dépositaire, son utilité n'existe réellement que pour les meubles; car, à l'égard des immeubles que l'on voudrait confier aux soins d'autrui, il suffit du mandat. Aussi avons-nous vu que le dépôt ne s'applique point aux immeubles

(art. 1918). Il en est autrement du séquestre, qui souvent aura précisément pour but de transférer temporairement à un tiers la possession, qui est peut-être le principal ou l'unique objet du litige (v. *Florent.,* L. 17, § 1, D. *depos.;* v. aussi *Julien,* L. 39, D. *de acq. vel am. poss.*). L'utilité de ce transport de possession pouvant s'appliquer aux biens de toute nature, le séquestre peut avoir pour objet même des immeubles. V. art. 1959.

170 *bis.* Dans l'hypothèse prévue par M. DEMANTE, le but des parties qui consentent à transférer temporairement la possession au séquestre est de dépouiller chacune d'elles de la possession qu'elle peut avoir, pour que le temps de cette possession intérimaire ne puisse être compté au profit d'aucune des deux parties contre l'autre.

171. Le dépositaire proprement dit doit restituer la chose à la première réquisition du déposant (art. 1944); ajoutons qu'il peut en général se décharger, à sa volonté, de la garde de la chose en la restituant. Il en est tout autrement du séquestre. Celui-ci, en recevant la chose, s'oblige à la garder jusqu'à l'événement de la contestation; et cette obligation étant contractée par lui envers toutes les parties intéressées, il ne peut, en principe, se décharger auparavant que du consentement de toutes. Néanmoins, il le peut sans ce consentement pour certaines causes, dont la légitimité est laissée à l'appréciation des juges. V. art. 1960; v., à ce sujet, *Ulp.,* L. 2, D. *depos.*

171 *bis.* I. Pothier donne comme exemples de causes légitimes pouvant être invoquées par le séquestre, une maladie grave qui l'aurait mis hors d'état de remplir sa mission, ou un voyage lointain et nécessaire (1).

171 *bis.* II. Une discussion longue et embarrassée s'est élevée dans le sein du conseil d'État sur le sens des mots *parties intéressées* employés par l'article 1960 (2). Il s'agissait de savoir si, le séquestre ayant été constitué par deux parties en procès, la restitution pouvait être obtenue lorsque ces deux parties étaient d'accord pour

(1) V. Pothier, n° 87.
(2) Séance du 28 nivôse an XII.

la demander avant le jugement du procès, bien qu'un tiers fût intervenu dans ce procès, ou pût y intervenir dans la suite. Les principes conduisent à répondre affirmativement, car le séquestre dont nous parlons est un contrat, et de ce contrat il ne peut résulter des droits en faveur de tiers. On a, ce nous semble, trop confondu dans la discussion le séquestre conventionnel avec le séquestre judiciaire; l'ordre du juge peut avoir été donné dans l'intérêt de quiconque pourrait élever des prétentions. Mais les parties, quelque expression qu'elles ont employée, n'ont dû songer qu'à elles-mêmes. Cette dernière considération nous empêche de traiter leur convention comme une stipulation en faveur d'un tiers (art. 1121), et nous conduit à autoriser la restitution, à moins que le tiers n'ait directement fait opposition entre les mains du séquestre, cas où nous appliquons tout simplement l'article 1944.

SECTION III.

Du séquestre ou dépôt judiciaire.

172. Le dépôt judiciaire est celui qui est ordonné par la justice, ou qui du moins procède de son autorité. Ce dépôt, n'ayant jamais pour but que la conservation des droits respectifs de plusieurs intéressés, participe toujours, sous ce rapport, de la nature du séquestre. Aussi la loi lui donne-t-elle indifféremment le nom de dépôt et celui de séquestre. Elle indique ici trois cas où ce séquestre peut avoir lieu :

1° A l'égard des meubles saisis (v. C. Pr., art. 596, 597);

2° A l'égard d'un meuble ou d'un immeuble, dont la propriété ou la possession est litigieuse;

3° A l'égard des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (art. 1257, 1259, 1264), v. art. 1961, et remarquez que le séquestre étant une mesure conservatoire, dont l'utilité peut se faire sentir dans une foule d'autres cas, le pouvoir de l'ordonner n'est pas limité à ceux qui sont ici énoncés. La loi elle-même en indique quelques autres (art. 602; C. Pr., art. 688; v. aussi C. instr. crim., art. 465).

172 *bis*. I. Les différents dépôts énumérés dans l'article 1961

n'ont pas tous le même caractère. Au premier cas indiqué, la justice n'intervient pas; l'huissier, procédant à une saisie, est autorisé par le Code de procédure à constituer un gardien (art. 596, 597, 628, 821, 823, 830, C. Pr.). Dans la seconde hypothèse, la chose est litigieuse, et son dépôt est ordonné au cours du litige par le tribunal saisi de la contestation. Dans la troisième, il faut distinguer : s'il s'agit de somme d'argent, la consignation, c'est-à-dire le dépôt, est une condition de la validité des offres, et le dépositaire est désigné par la loi (art 1258-1249). S'il s'agit au contraire d'un corps certain, il faut l'intervention de la justice pour que le débiteur soit autorisé à le mettre en dépôt hors de chez lui (art 1264).

Pour les dettes de quantités autres que de l'argent, nous avons établi au tome V, n° 208 *bis*. III, qu'elles sont soumises aux règles générales sur les offres; cependant la consignation ne peut pas se faire comme pour les dettes d'argent, les caisses publiques ne la recevraient pas; il faudra donc obtenir de la justice la désignation du lieu où se fera le dépôt.

172 *bis*. II. L'énumération de l'article 1961 veut être complétée. Dans quelques autres cas, le législateur a autorisé la mesure du séquestre. Ainsi l'article 602 du Code civil indique cette mesure comme possible à l'égard d'immeubles sujets à un droit d'usufruit, lorsque l'usufruitier ne fournit pas caution; l'article 681 du Code de procédure constitue le saisi séquestre de l'immeuble saisi, mais permet au président du tribunal de nommer un autre séquestre à la demande d'un ou de plusieurs créanciers. On trouve également un cas de séquestre dans l'article 465 du Code d'instruction criminelle.

172 *bis*. III. Indépendamment de ces hypothèses, qui sont réglées par des textes, il est difficile d'attribuer aux tribunaux le pouvoir d'ordonner un séquestre. Il est vrai que les hypothèses prévues donnent au pouvoir judiciaire une assez grande latitude. En effet, l'article 1961-2° ne restreint pas les pouvoirs au cas de revendication d'un meuble ou d'un immeuble, mais comprend toutes les hypothèses dans lesquelles la propriété ou la possession est ligitieuse. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire d'examiner si l'article 1961 est limitatif pour décider que le séquestre peut être ordonné, quand l'action a pour objet la rescision ou la résolution de la vente. Ce ne sont pas là des cas de revendication proprement dite, mais la propriété est bien litigieuse, puisque le demandeur tend à la faire rescinder ou résoudre.

Il est au contraire des circonstances où nous nous trouverions absolument en dehors des termes de l'article 1961 et où par conséquent le pouvoir attribué au juge manquerait d'une base légale. S'il s'agissait par exemple de dessaisir une personne de sa propriété pour y faire faire, sous la direction d'un séquestre, des travaux ordonnés par justice dans l'intérêt du voisin, ou bien si la justice ordonnait le séquestre des biens d'un débiteur en déconfiture à l'effet de constituer une administration analogue à celle des biens de faillis.

173. A l'égard des meubles saisis, ce que la loi appelle ici séquestre ou dépôt judiciaire, c'est l'établissement d'un gardien, au soin duquel les effets saisis sont confiés sans déplacement. L'établissement de ce gardien est, sous certain rapport, ordonné par justice, puisqu'il est fait par l'huissier qui procède au nom de justice. L'huissier l'établit sur la présentation du saisi ou à son propre choix (C. Pr., art. 596, 597); mais comme, dans tous les cas, c'est à la requête du saisissant, cet établissement produit, entre celui-ci et le gardien, des obligations réciproques, qui participent de la nature du dépôt et de celle du louage de services. Ainsi, le gardien doit : 1° veiller à la conservation des effets en bon père de famille; 2° les représenter, *à la décharge du saisissant* (1), pour la vente, si la saisie est suivie de vente; autrement, c'est-à-dire s'il est donné mainlevée de la saisie, c'est au saisi que le gardien doit les représenter.

Quant au saisissant, son obligation, sinon unique (v. art. 1947), au moins principale, consiste à payer au gardien son salaire, car cette espèce de dépôt n'est pas gratuit. Le salaire au surplus est fixé par la loi (*Tarif,* art. 34). V. art. 1962.

(1) Si l'on entend par là que la remise des effets par le gardien déchargera le saisissant envers le saisi, c'est surtout au cas de remise au saisi après la mainlevée que la proposition devait être appliquée. (V. *Poth.*, Dépôt, n° 91.)

Mais telle n'est pas apparemment la pensée du législateur, qui applique au contraire, exclusivement, au cas de représentation pour la vente ces mots : *à la décharge du saisissant.* La loi veut dire sans doute que, dans ce cas, c'est le saisissant qui donnera décharge au gardien. (Note de M. Demante.)

173 *bis.* I. Le contrat de dépôt se forme dans l'hypothèse de la saisie entre le saisissant et le gardien; il en résulte des obligations réciproques, mais le saisi est également intéressé à la garde, et de cette garde résultent aussi pour lui des droits et des obligations. Il faut du reste, quant au saisi, faire une distinction : ou il aura présenté le gardien, ou celui-ci aura été établi par l'huissier sans présentation du saisi (art. 596 et 597, C. Pr.). Au premier cas, le saisi est partie au contrat de dépôt, concurremment avec le saisissant, et par conséquent le contrat produit les effets pour et contre le saisi aussi bien que pour et contre le saisissant. Il ne faudra pas toutefois que le gardien soit plus mal traité quand il aura deux débiteurs que quand il n'en a qu'un seul, l'article 1962 lui donne une action pour le tout contre le saisissant, il peut avoir intérêt à préférer ce débiteur plus solvable, et nous ne devons pas le dépouiller du droit d'agir dans les termes mêmes de l'article qui a constitué son droit.

173 *bis.* II. Si le saisi n'a pas présenté le gardien, il est étranger au contrat de dépôt et n'a pas d'action directe contre le gardien. Mais il subit indirectement les conséquences de la garde, quant au salaire notamment; s'il n'en est pas débiteur envers le gardien, il est tenu envers le saisissant, qui, après avoir payé ce salaire, agira contre lui par voie de recours, puisque cette dépense a été nécessitée par la faute du débiteur qui n'acquittait pas sa dette.

173 *bis.* III. Le motif que nous venons d'assigner à notre solution nous conduit à une certaine restriction. Nous avons supposé que la saisie était régulière, que le saisi était vraiment débiteur; mais si la saisie était nulle ou si le saisi n'était pas débiteur (1), il ne faudrait pas soumettre le saisi étranger à la constitution de la garde, au paiement des frais. Ces frais n'auraient pas pour cause une faute de sa part.

173 *bis.* IV. Le gardien peut être le saisi lui-même (art. 598, C. Pr.). Le contrat se forme alors entre lui et le saisissant, et il devient responsable des négligences qu'il commettrait quant à sa propre chose. Le gardien se trouve alors avoir plus et moins de droits qu'un gardien ordinaire; ainsi il conserve le droit de se servir des choses saisies, il n'est privé que du droit d'en disposer, tandis que l'usage même est interdit au gardien étranger; on soutient aussi

(1) V. M. Colmet Daâge, *Procédure civile*, t. II, n° 861.

qu'il profite du croît des animaux, du lait, de la laine, qu'il peut louer les choses qu'il était dans l'habitude de louer. Voilà les avantages qu'il a sur le dépositaire étranger, mais il n'a pas droit à un salaire, voilà en quoi la position est moins avantageuse que celle des autres gardiens (1).

174. Pour tous les autres cas de séquestre judiciaire, la loi se borne à poser deux règles : l'une relative au choix du dépositaire, l'autre concernant ses obligations.

Le choix du dépositaire appartient, soit aux parties d'accord, soit au juge d'office. V. art. 1963, al. 1 ; v. pourtant art. 1259.

Dans le premier cas il y a contrat, et non dans l'autre; mais cette circonstance ne doit rien changer aux obligations de celui à qui la chose est confiée, lesquelles sont toujours les mêmes qu'au cas de séquestre conventionnel. V. art. 1963, al. dern.

174 *bis*. I. L'article 1963, premier alinéa, ne dit pas clairement à qui appartient le droit de nommer le séquestre judiciaire. Ce ne peut être le hasard ou le caprice du juge qui décidera si la nomination sera faite par les parties ou par le juge lui-même. On voit toutefois dans l'article que la nomination par les parties s'est présentée la première à l'esprit du législateur, d'où il y a lieu de conclure que le juge n'interviendra qu'autant que les parties n'auront pas pu s'entendre; c'est ce qui se passe pour la nomination d'experts (art. 304, 305, C. Pr.), et c'est la règle que posait Pothier dans le passage qui a inspiré les rédacteurs du Code civil (2).

174 *bis*. II. Le séquestre judiciaire est de sa nature salarié. On peut, en effet, supposer que celui qui se charge d'une responsabilité imposée par justice a entendu que ses soins seraient payés, comme le sont ceux des experts ou autres personnes chargées de missions judiciaires. Cette stipulation tacite d'un salaire est d'autant plus présumable qu'elle s'appuie sur l'analogie entre le séquestre constitué en vertu de l'article 1963 et le gardien établi dans l'hypothèse de l'article 1962.

174 *bis*. III. Resterait à savoir si le salaire est dû solidairement

(1) V. M. Colmet Daâge, *Procédure civile*, t. II, n° 859.
(2) V. Pothier, n° 98.

par les deux parties. Nous ne le pensons pas, puisque la solidarité ne s'appuierait pas sur un texte, mais nous donnons au séquestre un droit de rétention qui, dans ses rapports avec la partie gagnante, lui fournira le moyen d'être payé intégralement.

TITRE DOUZIEME.

DES CONTRATS ALÉATOIRES.

175. Ce titre, consacré en grande partie à la rente viagère, se rattache sous ce rapport à la matière du prêt. Le législateur, qui du prêt à usage s'est trouvé conduit par analogie à traiter immédiatement du dépôt, revient ensuite à compléter ses dispositions sur la constitution de rente, qu'il a présentée comme une espèce de prêt à intérêt (art. 1909), et dont la constitution en viager est elle-même une des branches, différant surtout de l'autre par son caractère de contrat aléatoire.

Quoi qu'il en soit, la loi embrasse ici d'une manière générale toute la classe des contrats aléatoires; elle les définit, énumère les principaux, et se borne, pour deux d'entre eux, qui sont surtout d'un fréquent usage dans le commerce maritime, à renvoyer aux lois de la matière (art. 1964.) Puis, après avoir très-succinctement, dans un premier chapitre, traité de deux autres qui méritent à peine le nom de contrat, elle traite avec détail, dans le chapitre 2, de la rente viagère, qui au surplus, comme on le verra bientôt, n'est pas toujours créée par un contrat aléatoire, et qui peut même ne pas l'être par un contrat.

176. Le contrat aléatoire est une *convention réciproque;* entendez par là une convention faite dans l'intérêt réciproque des contractants, en d'autres termes, un contrat à titre onéreux. Ainsi l'une des parties n'y procure pas à l'autre un avantage purement gratuit; car s'il y a espoir d'un avantage, cet espoir est balancé par la possibilité d'une perte. Sous ce rapport, mais sous ce rapport seulement, l'effet du contrat dépend d'un événement incertain. Du reste, l'avantage incertain de l'un ne pouvant se réaliser qu'aux dépens de l'autre, et pareillement la perte de l'un devant toujours, à certains égards,

profiter à l'autre, on peut dire, avec la loi elle-même (art. 1104), qu'il y a, dans tous les cas, pour chacune des parties, chance de gain ou de perte. D'un autre côté cependant, il est certains contrats aléatoires où les chances sont réciproquement les mêmes; tandis qu'il en est d'autres dont le but, au contraire, est, pour une ou plusieurs des parties, de se soustraire, moyennant un sacrifice une fois fait, aux chances de l'avenir, en les faisant uniquement peser sur l'autre ou sur les autres. On peut donc, pour marquer cette différence, distinguer ici, avec la loi, des contrats où c'est pour toutes les parties que les effets dépendent d'un événement incertain, et d'autres où c'est seulement pour l'une ou plusieurs d'entre elles. V. art. 1964, al. 1.

La définition du contrat aléatoire est susceptible d'une application très-générale, et l'on sent, par exemple, qu'il n'est guère de contrat commutatif que l'on ne puisse convertir en aléatoire, en substituant une chance à l'équivalent que l'une des parties doit donner ou recevoir. La loi se borne à en énoncer cinq principaux : l'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu, le pari, et le contrat de rente viagère. V. art. 1964, al. 2-6.

176 *bis*. Nous nous sommes expliqué au tome V, n° 6 *bis*, sur la définition des contrats aléatoires en comparant l'article 1964 et l'article 1104, et nous avons montré sous l'influence de quelles idées les rédacteurs de Code civil avaient pu donner de ces contrats deux définitions différentes.

177. L'assurance est un contrat consensuel, synallagmatique, par lequel l'un des contractants, appelé *assureur*, se charge, moyennant une somme ou prestation fixée à tout événement, et qu'on nomme *prime*, des risques auxquels est exposée la chose de l'autre contractant, désigné sous le nom d'*assuré*. Ce contrat, qui longtemps n'a été usité que dans e commerce maritime, est devenu, d'une application bien plus étendue.

Le prêt à grosse aventure, ou contrat à la grosse, est un prêt, par conséquent un contrat réel, unilatéral, dans lequel

les sommes prêtées, avec affectation d'objets faisant partie d'une expédition maritime, ne doivent être restituées qu'en cas d'heureuse arrivée, mais doivent l'être alors avec un *profit maritime* supérieur à l'intérêt légal.

Les règles sur l'assurance, considérée uniquement comme contrat maritime, et celles sur le prêt à la grosse, se trouvent dans les lois maritimes, qui aujourd'hui font partie du Code de commerce (V. C. Comm., art. 311-396). V. art. 1964, al. dernier.

177 *bis*. C'est au remboursement du prêt à la grosse que les objets exposés aux risques de mer sont affectés. Il en résulte : que sur ces objets existe une sorte de privilège analogue au droit de gage, ou d'hypothèque ; et secondement : que si ces objets périssent par un accident de mer, l'emprunteur est libéré et ne restitue pas les sommes prêtées (1).

CHAPITRE PREMIER.

DU JEU ET DU PARI.

178. Ce que l'on appelle contrat de jeu est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent réciproquement à se payer une certaine somme, suivant le succès d'une partie de jeu liée entre elles. Le pari en diffère en ce point seulement, qu'au lieu de dépendre du succès d'une partie jouée entre les adversaires, le gain ou la perte y dépend, pour chacun, de la conformité ou non-conformité d'un événement ou d'un fait à sa prévision ou à son assertion.

Ces conventions, dans lesquelles le hasard ou le bien joué doivent, indépendamment de toute autre cause d'obligation, enrichir l'un aux dépens de l'autre, ne sauraient être vues d'un œil favorable. Aussi la loi, sans méconnaître absolument l'existence de la dette du perdant, refuse-t-elle en général toute action au gagnant. V. art. 1965.

(1) V. M. Boislel, *Précis du droit commercial*, p. 1053. Édit. 1878.

178 *bis*. I. La théorie que nous avons exposée sur les obligations naturelles (1) nous a conduit à reconnaître aux dettes résultant du jeu ou du pari le caractère d'obligation naturelle. Rien n'explique mieux les dispositions des articles 1965 et 1967. Seulement, la règle de l'article 1965 a des conséquences que n'aurait pas la simple attribution à une dette du caractère d'obligationn aturelle. En principe, ces obligations peuvent être l'objet d'un cautionnement ou d'une novation, cela ne fait pas doute pour les dettes contractées par les mineurs. La dette de jeu ne peut être l'objet d'aucune de ces deux conventions, puisque la loi, par des raisons d'utilité sociale, a déclaré qu'elle ne pouvait donner lieu à aucune action. La novation ou le cautionnement, s'il était valable, engendrerait une action qui aurait son principe dans le contrat du jeu ou du pari, et l'article 1965 fait obstacle à ce qu'il en soit ainsi. La dette qui nous occupe est donc une dette naturelle traitée par la loi plus rigoureusement encore que les autres, mais ce n'est pas une raison pour soutenir que ce n'est point une dette.

178 *bis*. II. La dette résultant du jeu ou du pari, c'est la dette contractée directement par le perdant envers le gagnant. On sortirait des termes de la loi, si l'on soumettait à l'article 1965 la dette née d'un emprunt qui aurait été fait pour procurer à l'emprunteur les moyens de jouer. De même, on doit reconnaître une action au mandataire qui s'est chargé de payer une dette ayant pour cause une perte au jeu ou dans un pari. Dans ces deux hypothèses, le contrat est un contrat distinct, un prêt ou un mandat, et l'action du prêteur ou du mandataire est fondée sur un fait indépendant du jeu ou du pari, elle s'appuie sur une numération de deniers qui n'a pas pour cause le jeu ou le pari. Ces deux faits ont pu être les motifs en vue desquels le débiteur a emprunté ou donné mandat, ce ne sont pas des causes de son obligation, et quant au fait du créancier, il a dans les deux cas une cause très-légitime, l'intention de rendre service à l'autre partie, et, s'il a prêté à intérêts, le bénéfice que ces intérêts lui procureront.

179. Cependant les jeux qui tiennent à l'adresse ou à l'exercice du corps ayant sous ce rapport un but d'utilité sociale, la convention qui tend à les intéresser dans une juste mesure est exceptée de la défaveur qui s'attache en général

(1) V. t. V, n° 174 *bis*. VIII.

au jeu; et la loi alors ne refuse plus l'action. Mais la défaveur ne devant cesser qu'autant que l'intérêt de la partie du jeu est en proportion de la fortune des joueurs et de l'utilité du jeu, il est laissé à la prudence des juges de rejeter la demande, quand la somme leur paraît excessive. V. art. 1966.

179 *bis*. On lit dans le discours de Portalis au Corps législatif que la stipulation d'un gain excessif est immorale et illicite, d'où il faut tenir cette conséquence qu'elle est nulle pour le tout, c'est-à-dire que les tribunaux ne pourraient pas se contenter de réduire la somme première. L'article, du reste, consacre la faculté d'annuler l'engagement, et non pas celle de le diminuer.

180. Dans tous les cas, l'inefficacité de la dette de jeu n'est pas entière; elle produit un effet important, celui d'exclure la répétition. Mais remarquons : 1° que cette proposition n'est appliquée par la loi qu'au cas d'un paiement volontaire; 2° que la loi y fait exception formelle lorsqu'il y a eu de la part du gagnant dol, supercherie ou escroquerie. V. art. 1967, et à ce sujet, art. 1235.

Remarquons, au surplus, que l'effet d'exclure la répétition, attribué à la dette de jeu comme l'obligation naturelle, n'autorise point à reconnaître à la dette de jeu le caractère d'obligation naturelle. Ainsi, selon nous, cette dette ne pourrait être valablement cautionnée. Ainsi, encore bien qu'elle soit reconnue cause suffisante de paiement, elle ne serait pas considérée comme cause suffisante d'une nouvelle obligation. Nous pensons, en conséquence, que la nouvelle obligation que le perdant contracterait envers le gagnant, sans autre cause, ne donnerait pas plus d'action que la dette primitive.

180 *bis*. I. Le paiement de la dette du jeu doit avoir été volontaire pour que la loi refuse la répétition; cela ne signifie pas seulement que le fait du paiement ne doit pas être lui-même entaché des vices de dol ou de violence, il eût été inutile de le dire, mais que ce paiement doit avoir été fait en connaissance de cause. Il faut que celui qui paie sache qu'il acquitte une dette de jeu. L'exécution volontaire joue le rôle d'une confirmation d'obligation annulable, et la

confirmation ne peut être faite que par une personne qui connaît le vice de l'obligation. Nous avons expliqué de cette façon le même mot, volontairement, écrit dans l'article 1135, à propos du paiement des obligations naturelles (1); et l'emploi de la même expression dans l'article 1967 nous confirme dans la pensée que les rédacteurs du Code civil ont envisagé la dette du jeu comme l'une de ces obligations.

180 *bis*. II. La théorie se complète par la réserve que fait l'article du cas de dol, supercherie ou escroquerie, de la part du gagnant. L'obligation était alors entachée d'un double vice : d'abord le vice résultant de la disposition légale de l'article 1965, ce vice-là est purgé par le paiement fait dans les conditions que nous venons de dire; le second vice consistant en ce que la partie du jeu n'avait pas été loyale, il faudrait pour qu'il fût purgé, que le perdant l'eût connu lors du paiement, sinon le fait d'avoir renoncé à se prévaloir de l'article 1965 n'implique pas la renonciation au droit d'opposer la nullité résultant des actes frauduleux accomplis par le gagnant.

180 *bis*. III. L'annulation du paiement pourra aussi être demandée si celui qui payait était un incapable. Cela va de soi, et le Code n'avait pas besoin d'en parler, puisque c'est une application de principes généraux.

180 *bis*. IV. L'article 1967 suppose que le paiement a été fait après la partie, peut-être même lorsqu'il s'est écoulé un assez long espace de temps. Il y a une autre hypothèse fréquente qu'il faut examiner. Les enjeux ont été mis sur la table. Si à la fin de la partie le gagnant en a pris possession du consentement du perdant, l'hypothèse se confond avec la précédente. Mais si, la partie terminée, le perdant s'oppose à la prise de possession du gagnant, la situation n'est plus la même, et il y a lieu de se demander s'il faut appliquer l'article 1965 ou l'article 1967. Nous pensons que l'article 1967 est inapplicable. En effet, en déposant les enjeux, chacun des deux joueurs a consenti à transférer la propriété de sa mise à l'autre sous la condition que celui-ci gagnerait la partie (2). Cette partie terminée, la condition suspensive à laquelle était subordonnée la propriété du gagnant s'est réalisée, il est propriétaire, et s'il s'élève quelque difficulté à sa prise de possession, il agit comme propriétaire, l'action est la revendication et non pas une

(1) V. t. V, n° 174 *bis*. XI et XII.

(2) Cette condition n'est point illicite, car le jeu en soi n'est pas défendu.

action personnelle fondée sur le contrat du jeu : le perdant qui aurait repris l'enjeu ne pourrait pas invoquer la règle : en fait de meubles, la possession vaut titre, parce qu'il ne serait pas de bonne foi.

Nous assimilons à cette espèce celle qui suppose que les enjeux ont été remis à une tierce personne ; la remise étant un dépôt, les objets déposés, fussent-ils de l'argent, sont devenus des corps certains, et contre ce dépositaire l'action en revendication existera aussi bien que contre le joueur lui-même dans l'espèce précédente.

CHAPITRE II.

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

181. Toute rente est un droit à une prestation périodique, et la rente *viagère*, comme le mot lui-même l'indique, est ce droit, borné à la durée toujours incertaine de la vie d'une ou plusieurs personnes. La convention par laquelle une personne acquiert ce droit incertain dans sa durée, soit pour une somme d'argent qu'elle fournit, soit comme prix ou condition d'une aliénation qu'elle consent, est essentiellement un contrat aléatoire. C'est ce contrat que la loi a ici principalement en vue et dont elle règle : 1° les conditions ; 2° les effets. Du reste, quoique l'intitulé du chapitre et celui des deux sections qui le composent ne se réfèrent qu'au contrat de rente viagère, il est bien à remarquer que ce contrat n'est pas la seule manière d'acquérir cette rente, et que les règles ici posées ne sont pas toutes exclusivement bornées à la rente ainsi constituée.

SECTION I.

Des conditions requises pour la validité du contrat (ou, plus exactement, de la constitution de rente viagère).

182. La rente viagère, comme tout autre droit, peut se constituer soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

La constitution à titre onéreux a lieu, soit moyennant une somme d'argent fournie à cette partie qui devra servir la rente, soit pour une chose mobilière *appréciable*, ce qui comprend tous les biens meubles autres que l'argent comptant, soit pour un immeuble. V. art. 1968.

182 *bis*. I. La constitution de rente viagère à titre onéreux est un contrat. De sa nature, ce contrat est *réel*, c'est-à-dire que l'obligation du débiteur de la rente naît de l'aliénation du capital par lui reçu, que ce capital consiste en argent ou en tout autre objet. Dans le droit moderne, les constitutions de rentes en général sont des variétés du contrat de prêt, et ce contrat impliquant une obligation de restitution ne peut se former que par la livraison d'une chose à restituer. Telle est du reste la véritable nature de ce contrat, car Pothier lui-même, qui caractérisait ce contrat en l'appelant une vente, ajoutait qu'il n'est pas du nombre des contrats consensuels, car il n'est parfait que lorsque l'acquéreur de la rente en a payé le prix (1).

C'est bien la doctrine du Code civil, les arrérages sont considérés comme des intérêts (art. 1909), et dès lors ils ne sont dus qu'à raison de la jouissance acquise par le débiteur de la rente. Il ne nous semble même pas qu'il y ait lieu de faire sur ce point une distinction selon que les rentes sont constituées pour une somme d'argent ou pour une autre chose. Dans la pensée du législateur, les choses mobilières ou même les immeubles, dont il est question dans l'article 1968, représentent le capital en argent, et l'opération est toujours un prêt, c'est-à-dire l'aliénation d'une valeur qui ne sera pas rendue *in specie*. Ce n'est pas certainement la différence entre les mots *moyennant* et *pour* employés par l'article 1968, qui peut accentuer une différence de nature entre les diverses conventions dont nous nous occupons, car on substituerait facilement, sans altérer le sens de la phrase, le mot *pour* au mot *moyennant*, et réciproquement.

182 *bis*. II. Il faut néanmoins tenir compte du principe de la liberté des conventions. Pothier lui-même le reconnaissait. Si une personne s'oblige à donner dans un temps déterminé une certaine chose moyennant que l'acquéreur deviendra débiteur d'une rente viagère, il y a là un contrat valable et qui oblige les deux parties :

(1) *Traité du contrat de constitution de rente*, n° 2.

l'une à donner la valeur promise, l'autre à la recevoir en devenant débitrice de la rente. C'est une promesse synallagmatique de constitution de rente viagère plutôt qu'une constitution à proprement parler.

182 *bis*. III. Jusqu'ici nous ne rencontrons pas de difficulté. Mais la question devient plus délicate quand, dans une pareille convention, les arrérages de la rente viagère sont stipulés payables dès le jour de la convention sans attendre l'exécution de la promesse de livrer le capital. *Exemple :* le capital (argent, autres meubles ou immeubles) sera payable dans trois ans, mais les arrérages de la rente courront immédiatement. Cette convention ne nous paraît pas en elle-même illicite. Quand le capital promis consiste en objets autres que de l'argent, elle ressemble à la clause très-ordinaire par laquelle un acheteur payerait d'avance quelques fractions du prix. Quand le capital est en argent, les paiements d'annuités faits avant la perception du capital aliéné par le créancier de la rente sont la représentation du risque que court à tout événement ce créancier, puisqu'il versera certainement ce capital et ne touchera les annuités que pendant un temps qui peut être fort court. S'il s'agissait d'une rente perpétuelle, on pourrait objecter que ces paiements anticipés constituent peut-être des augmentations illicites du taux de l'intérêt; mais comme nous raisonnons sur une constitution de rente viagère, cette observation ne peut avoir aucune influence quant à la solution de la question que nous avons posée (art. 1976).

183. La constitution à titre purement gratuit est une libéralité à laquelle il faut naturellement appliquer les règles ordinaires ; ainsi elle doit être faite par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes établies pour ces sortes d'actes. V. art. 1969, 893.

184. Il est clair, d'après cela, que la rente ainsi constituée doit se renfermer dans les limites de la quotité disponible, et que cette constitution ne peut avoir lieu au profit d'une personne incapable de recevoir. Ainsi, la rente qui excéderait la quotité disponible serait, sous certain rapport, réductible (art. 920; v. pourtant art. 917); quant à celle qui serait constituée à un incapable, elle serait entièrement nulle (art. 911). V. art. 1970.

184 *bis*. I. M. Demante a expliqué, au tome IV, n° 55 *bis*. IV et V, comment l'article 1970 n'est pas en contradiction avec l'article 917. D'après ce dernier article, les héritiers à réserve ont l'option ou de payer la rente viagère ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. L'existence de cette faculté n'est pas exclusive du droit de réduction, car c'est là un procédé tendant à faire rentrer la libéralité dans les limites prescrites, c'est un mode spécial de réduction. Donc l'article 1970 n'a pas voulu dire autre chose que ceci : la libéralité en rente viagère sera soumise aux règles posées dans le chapitre intitulé : De la portion de biens disponible et de la réduction.

184 *bis*. II. Il faut, au surplus, remarquer que l'estimation de la valeur de la rente est indispensable pour fixer les droits des donataires ou des légataires qui auraient des droits après le donataire de rente viagère ou concurremment avec lui. Si l'on abandonnait en effet toute la quotité disponible au rentier, donataire le plus ancien, on commettrait bien souvent une injustice au détriment du donataire postérieur. *Exemple :* La rente viagère donnée est de 600 francs, la deuxième donation de 10,000 francs en propriété, la quotité disponible de 10,000 francs. En abandonnant toute la quotité disponible au rentier, on ne laisse rien pour le deuxième donataire qui devrait recueillir 3,000 ou 2,000 francs si la première donation ne représentait en effet que 7,000 ou 8,000 francs. Or, d'après l'âge du rentier, il est bien possible que la rente n'ait pas une valeur supérieure à ces chiffres.

Au cas d'un concours entre un légataire de rente viagère et d'autres légataires, si l'on abandonnait tout le disponible au rentier, les autres n'auraient rien, tandis qu'ils ont droit de venir à contribution avec leur colégataire. Or, la proportionnalité ne peut être établie qu'entre valeurs de même nature; il faut donc estimer la rente en capital pour établir la proportion entre le droit du rentier et celui des autres légataires qui ont droit à des capitaux.

Les estimations qui sont nécessaires dans ces hypothèses ne priveront pas du reste les héritiers du droit de servir la rente intégrale, s'ils ne veulent pas laisser prendre par le légataire la part de capital qui lui revient à la suite des opérations d'estimation et de calcul que nous venons de supposer (1).

(1) V. t. IV, n° 55 *bis*. IV.

184 *bis*. III. Dans un cas seulement, l'estimation qui sera nécessaire ne laissera pas place à l'application de l'article 917, c'est quand les héritiers auront, en vertu de l'article 802, abandonné l'actif de la succession aux créanciers et légataires ; comme ils se seront désintéressés de la répartition à faire, le conflit existera seulement entre les légataires, et le droit d'option établi en faveur des héritiers à réserve ne pourra pas être invoqué par des colégataires (1).

185. Il est de l'essence de la rente viagère d'être établie pour un temps calculé sur la durée de la vie ; c'est là ce qui lui donne le caractère d'incertitude qui la distingue : mais pour cela il n'est pas nécessaire qu'elle soit établie plutôt sur la tête d'une personne que sur celle d'une autre. Ainsi, quoique le plus souvent la rente soit créée sur la tête du rentier lui-même (ordinairement la personne qui en fournit le prix), et quoique ce soit surtout dans cette supposition que ce genre de marché, peu favorable aux yeux de la morale, se justifie par son utilité, la loi permet également de la créer sur la tête d'un tiers, c'est-à-dire d'une personne quelconque, sans l'établir pour cela au profit de cette personne. V. art. 1971 ; et remarquez que le tiers n'acquerra pas même par là le droit de toucher pour le compte du rentier.

185 *bis*. I. Il faut absolument distinguer, à propos de la rente viagère, la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée ou établie et celle au profit de laquelle cette constitution est faite. Celle-ci est le créancier de la rente, celle-là n'acquiert aucun droit par le fait de la création de la rente. De sa vie ou de sa mort dépend l'existence ou l'extinction du droit du rentier, c'est-à-dire bien souvent du droit d'autrui. La rente existe sous une condition, et la personne dont la mort entraînera l'extinction du droit est aussi étrangère à ce droit que le navire est étranger à la créance subordonnée à la condition *si navis ex Asia venerit*.

185 *bis*. II. Le plus souvent, les deux personnes que nous venons de distinguer se confondront, le créancier aura stipulé une rente viagère sur sa propre tête, mais cette confusion sera le résultat de la convention des parties et non pas une conséquence naturelle et nécessaire de la nature du droit de rente viagère. Il faut cependant

(1) V. t. IV, n° 55 *bis*. V.

le reconnaître, c'est là une convention usuelle, parce que le plus souvent la rente viagère est créée en vue de procurer au rentier des ressources, des revenus qui lui sont nécessaires pendant toute sa vie. Par la constitution de la rente sur la tête d'autruï, le rentier risquerait, s'il survivait au tiers désigné, de manquer pendant ses dernières années d'un revenu indispensable, tandis que s'il prédécédait, la rente qui ne serait pas éteinte profiterait pendant de longues années peut-être à des héritiers qui n'en auraient pas besoin. Cela étant, on peut dire que, si le titre constitutif de la rente viagère n'a pas déterminé sur quelle tête elle est constituée, on doit supposer qu'il s'agit de celle du rentier lui-même. C'est l'application de cette règle d'interprétation écrite dans l'article 1160, en vertu de laquelle on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

185 *bis*. III. L'établissement d'une rente viagère sur la tête d'autrui n'est cependant pas quelque chose de bizarre et d'anormal, résultat d'un simple caprice du stipulant ; on en comprend l'utilité pratique. Il peut arriver en effet que le stipulant cherche par le contrat de rente viagère à s'assurer les moyens de subvenir aux besoins d'une personne envers laquelle il est tenu d'une obligation légale, judiciaire ou morale d'assistance.

185 *bis*. IV. Ce sera quelquefois dans une pensée de spéculation que le rentier constituera la rente sur la tête d'autrui, il voudra courir les chances d'une opération conditionnelle, et il fera dépendre l'existence de son droit de la vie d'une personne qui lui paraîtra, par son âge et sa constitution physique, présenter des garanties de longévité. C'est cette idée de spéculation qui inspirait autrefois les constitutions de rentes viagères au profit d'un particulier sur la tête d'un souverain français ou étranger dont la vie et la mort étaient choses notoires, ce qui dispensait les parties des formalités à remplir à chaque échéance pour constater l'existence de celui sur la tête de qui la rente est établie.

On comprend plus facilement la convention qui subordonnera l'existence de la rente à la vie du débiteur. Elle sera le résultat d'une appréciation faite par celui-ci des ressources qu'il peut avoir pour l'acquittement de l'obligation qu'il contracte, s'il compte sur le produit de son travail personnel ou sur les fruits de droits viagers résidant sur sa propre tête, il agit prudemment en refusant de grever sa succession d'une charge que ses héritiers ne pourraient pas porter.

186. Pareillement, il n'est pas essentiel à la rente viagère de reposer sur une tête unique, elle peut donc être indifféremment constituée sur une ou plusieurs. V. art. 1972; et remarquez que, lorsque la rente constituée sur la tête de plusieurs personnes le sera au profit de ces personnes, c'est à la convention à régler si elles en jouiront conjointement ou successivement, en tout ou en partie.

186 *bis*. I. Nous avons supposé jusqu'à présent la rente viagère constituée sur une seule tête, c'est-à-dire subordonnée à l'existence d'une seule personne, le créancier, le débiteur ou un tiers. On peut comprendre qu'elle soit établie sur plusieurs têtes, c'est-à-dire destinée à durer tant que toutes les personnes désignées ne seront pas mortes, la vie d'une seule d'entre elles suffisant pour faire vivre le droit de rente. La convention, dans ce cas, sera le résultat d'une combinaison de chances, le rentier aura stipulé un droit plus solide, moins exposé à une extinction rapide que s'il reposait sur une seule tête; de son côté, le débiteur aura promis des arrérages moindres à raison de la plus longue durée probable de son obligation. Peut-être dans l'hypothèse que nous avons présentée au nº 185 *bis*. III, le stipulant a-t-il tenu compte de ce fait que les nécessités précuniaires auxquelles il obéissait en constituant la rente ne devaient prendre fin qu'après la mort de toutes les personnes sur les têtes desquelles il a voulu l'asseoir.

186 *bis*. II. L'article 1972 ne constate pas seulement le droit de faire dépendre la rente viagère de la vie et de la mort de plusieurs personnes, il confond évidemment dans sa formule un peu vague et cette règle-là et celle-ci : on peut stipuler que plusieurs personnes seront créancières de la rente.

Ce qu'il suppose, c'est l'hypothèse ordinaire, celle où la rente dépend de la vie et de la mort du créancier lui-même, et sa pensée est de dire : la rente peut appartenir à plusieurs créanciers sur les têtes desquels elle sera assise. Nous examinerons cette hypothèse, mais il n'en est pas moins nécessaire de faire remarquer qu'on peut supposer en dehors de cette espèce deux autres cas, celui où une rente établie sur plusieurs têtes sera due à un créancier unique, et celui où plusieurs personnes seront créancières d'une rente constituée sur une tête unique. Il faut étudier d'abord ces différentes espèces où les principes se détacheront plus facilement, puisqu'elles

ne confondent pas la personne du rentier avec celle sur la tête de laquelle la rente est établie.

186 *bis*. III. Si la rente a été créée au profit de plusieurs personnes, il est facile d'apercevoir deux combinaisons possibles : ou bien les créanciers seront créanciers ensemble, créanciers conjoints de la rente, ou bien on aura établi entre eux une certaine hiérarchie, ils ne seront rentiers que successivement, les uns à défaut des autres, au fur et à mesure que les premiers appelés à exercer le droit viendront à décéder.

Ces deux combinaisons sont licites; la première réalise une situation que nous avons bien souvent étudiée, celle de créanciers conjoints; la créance se partage entre eux, et la part de chacun passe à ses héritiers, le droit subsistant jusqu'à la mort du tiers sur la tête de qui la rente repose. La seconde donne naissance à plusieurs créances, la première affectée simplement d'un terme extinctif incertain, créance pure et simple, mais s'éteignant à la mort; les autres sous la condition suspensive de la survie du créancier à ceux qui lui sont préférables et en même temps soumise au terme incertain dont nous venons de parler, et la dernière affectée de la même condition suspensive que les précédentes, mais non du même terme incertain, car elle doit durer jusqu'à l'extinction même du droit de rente, événement qui dépend, dans l'hypothèse, non de la mort des rentiers, mais de la mort d'une personne tierce.

186 *bis*. IV. Dans le cas opposé, un seul rentier, plusieurs têtes sur lesquelles la rente est constituée, nous n'avons pas de difficulté, le droit appartient au rentier ou à ses héritiers jusqu'à la mort de toutes les personnes sur les têtes desquelles la rente est assise.

186 *bis*. V. Revenons à l'hypothèse que l'article 1972 a probablement comprise dans ses prévisions. Plusieurs créanciers de la rente qui sont en même temps les personnes sur les têtes desquelles la rente est constituée, on peut également supposer les deux combinaisons que nous avons déjà étudiées : ou la rente se partage entre tous dès le jour de sa création, ou elle doit profiter successivement aux différents créanciers dans un ordre déterminé.

Dans cette dernière hypothèse, les choses se passent ainsi que nous l'avons dit plus haut; la rente dure tant que vit une des personnes sur les têtes desquelles elle est constituée, chacun des stipulants profite de la rente à son tour, et la rente s'éteint à la mort

du dernier créancier, puisque celui-ci est en même temps la dernière des têtes sur lesquelles reposait la rente.

186 *bis.* VI. Si la rente a été stipulée conjointement par les différents rentiers, elle se divise immédiatement entre eux, et chacun d'eux profite de sa part tant qu'il est vivant. Mais qu'arrive-t-il à la mort de l'un d'eux ? La rente est-elle éteinte pour sa part, ou cette part ne va-t-elle pas plutôt accroître la part des autres, de telle sorte que le dernier survivant touchera jusqu'à sa mort la totalité des arrérages? Certes, il y a là une question d'intention, les parties peuvent avoir admis l'une ou l'autre des solutions, et si elles s'en sont expliquées, il faut tenir compte de leur volonté, qui est souveraine; mais quand leur volonté n'apparaît pas expressément, c'est par les principes précédemment exposés et appliqués qu'il faut résoudre la question.

186 *bis.* VII. Nous avons dit qu'une rente constituée en faveur d'un créancier sur les têtes de plusieurs tierces personnes ne s'éteint pas partiellement par la mort de chacun de ces tiers, et qu'elle dure dans son intégralité jusqu'à la mort du dernier. Il doit en être ainsi, car la circonstance qu'il y a plusieurs créanciers ne change rien quant à la mort de ceux sur les têtes desquelles la rente est établie. La mort d'un des créanciers est sans influence sur le fond même du droit, ordinairement le créancier décédé est remplacé par ses héritiers; il ne peut en être ainsi dans notre hypothèse, le droit des prédécédés ne peut pas passer à leurs héritiers, puisque leur droit était viager sur leurs têtes; mais la rente n'en est pas moins une rente sur la tête de plusieurs personnes, qui ne doit s'éteindre qu'à la mort de la dernière; pour chacun des créanciers, la rente repose sur sa tête et sur celle d'autrui; tant qu'il reste une des têtes désignées, la rente subsiste seulement au lieu de se diviser entre tous les stipulants primitifs, elle se divise entre ceux qui ont conservé le droit de toucher les arrérages, c'est-à-dire entre les survivants. On peut dire que c'est bien là l'intention des parties, car la stipulation conjointe montre assez sa volonté de considérer la rente comme une; s'ils l'avaient considérée comme une collection de plusieurs petites rentes existant séparément au profit et sur la tête de chacun d'eux, ils auraient agi plus naturellement en faisant autant de constitutions qu'il y avait de créanciers.

187. C'est ordinairement à son profit que celui qui fournit le prix de la rente la fait constituer, sur sa tête ou sur

celle d'une ou plusieurs autres personnes. Toutefois, comme il n'est pas indistinctement interdit de stipuler pour autrui (art. 1121), rien n'empêche celui qui fournit le prix de faire constituer la rente au profit d'un tiers. Voy. art. 1973, al. 1.

La constitution ainsi faite est vraiment à titre onéreux à l'égard des deux contractants; mais, entre celui qui fournit le prix et le tiers qui doit en profiter, elle a les caractères d'une libéralité. Toutefois cette libéralité, n'étant qu'une des clauses du contrat principal, n'est point assujettie aux formes des donations. Au reste, cette voie indirecte ne devant pas être un moyen d'éluder les règles sur la capacité de recevoir ou sur la disponibilité, la rente est ici, comme au cas de constitution à titre purement gratuit, soumise, s'il y a lieu, à réduction ou à nullité. V. art. 1973, al. dernier; v. aussi art. 843.

Observons, au reste, que la nullité ou réduction ne saurait décharger le constituant, qui devrait alors servir la rente au profit du stipulant ou de ses héritiers.

187 *bis*. I. Nous avons expliqué, au tome V, comment l'article 1121 ne fait point obstacle à la validité d'une convention par laquelle Pierre transférant à Paul la propriété d'une somme d'argent, charge celui-ci de payer quelque chose et notamment une rente viagère à Jacques. Nous avons dit que la convention au profit d'un tiers n'est dénuée d'effet qu'autant qu'elle est destituée de sanction, et les exceptions auxquelles l'article 1121 soumet sa règle nous montrent la convention valable dans des cas où le promettant peut être atteint d'une certaine manière, s'il n'exécute pas la convention. Au cas de donation, le promettant est exposé à la révocation pour cause d'inexécution des charges; dans le cas qui nous occupe, le moyen de coercition est analogue, car il s'agit d'un contrat à titre onéreux, et celui qui a fourni l'argent trouve dans l'article 1184 une arme contre le promettant qui ne ferait pas les prestations promises (1).

187 *bis*. II. Quant à la question de forme, elle a été également traitée sur l'article 1121. Le contrat principal entre Pierre et Paul

(1) V. t. V, n° 33 *bis*. I.

est à titre onéreux, il se trouve que l'exécution de la promesse faite par Paul procurera à Jacques un avantage gratuit, ceci est un accident qui ne change pas les caractères du contrat passé entre Pierre et Paul; donc ce contrat n'est pas soumis aux règles particulières qui régissent la forme des donations (1).

Quant au fond, la clause qui concerne le tiers a bien les caractères d'une libéralité, et c'est pour cela que l'article 1973 la déclare soumise aux règles sur la capacité et la réduction; nous pouvons dire d'une façon plus générale, aux règles de la matière des donations, par exemple à la révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfant.

187 *bis*. III. Tant que le tiers n'a pas accepté l'offre qui résulte de la stipulation à son profit, cette offre peut être rétractée. Nous avons examiné, au tome V, nº 33 *bis*. VI et VII, les questions que soulève ce droit de révocation, et au nº 33 *bis*. VIII, les conséquences de la mort du stipulant survenue avant que le tiers ait accepté l'offre.

188. L'existence d'une personne sur la tête de laquelle la rente soit établie est évidemment de l'essence du contrat de rente viagère; car autrement l'obligation du constituant n'aurait point d'objet, et le prix serait fourni sans cause. Si donc, par erreur, la rente était créée sur la tête d'une personne déjà morte, il est clair que le contrat ne produirait aucun effet. V. art. 1974.

188 *bis*. Il faut bien comprendre comment on dit que la rente, constituée sur la tête d'une personne décédée, manque d'objet. Ce n'est pas que la personne dont il s'agit soit l'objet du contrat ou de l'obligation, ce n'est pas non plus que le droit soit établi sur cette personne comme une hypothèque sur un immeuble; c'est par un tout autre raisonnement qu'on arrive à la formule employée par M. Demante. Toute obligation doit avoir un objet; l'objet, c'est ce que le débiteur s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. Il n'y a pas d'obligation quand il n'est astreint à rien donner ni à rien faire. Or, promettre de payer 100 francs par an pendant la vie de Pierre, c'est ne rien promettre si Pierre est mort au moment de la promesse, car il est certain qu'aux termes mêmes de la convention, le promettant n'a et n'aura jamais rien à payer, la vie de Pierre ayant

(1) V. t. V, nº 33 *bis*. V.

cessé avant la promesse et ne pouvant plus recommencer dans l'avenir. Donc, la promesse manque d'objet en ce sens qu'il n'est rien que le promettant se soit engagé à donner ou à faire. Ce défaut d'objet annule non-seulement l'obligation du promettant, mais celle de l'autre partie, puisque celle-ci a pour cause l'obligation de son cocontractant. Si cette seconde partie ne s'est pas obligée, mais a payé comptant, c'est le paiement fait qui manque de cause et qui peut être répété.

189. La cause, sans être entièrement fausse, serait cependant entachée d'une erreur substantielle, si la personne, quoique vivante, était déjà atteinte de la maladie qui devait certainement et prochainement la conduire au tombeau. On a donc toujours assimilé ce cas à celui de mort au temps du contrat; mais l'application du principe pouvant donner lieu à beaucoup de difficultés, la loi, pour simplifier, a fixé un délai dans lequel la mort survenue depuis le contrat l'annulera, pourvu qu'elle provienne de la maladie dès lors existante : ce délai est de vingt jours. V. art. 1975.

189 *bis*. I. L'explication que M. Demante donne de l'article 1975, et qu'il emprunte à Pothier (1), a pour résultat de traiter la nullité fondée sur cet article, comme une annulabilité, tandis que la nullité qui résulte de l'article précédent constitue, de l'aveu de tous, une nullité pour absence de cause, c'est-à-dire une nullité radicale. Ce résultat de la doctrine est, il faut l'avouer, quelque peu bizarre, car les deux articles qui traitent des deux hypothèses paraissent inspirés de la même pensée, et leurs termes ne permettent guère de voir, dans leurs dispositions, la consécration de deux nullités de nature différente. L'article 1974 dit : le contrat ne produit aucun effet, et l'article suivant commence par ces mots : *Il en est de même* du contrat par lequel, etc. C'est bien à dire : Le second contrat, comme le premier, ne produit aucun effet.

189 *bis*. II. Cette comparaison des textes n'établit qu'un préjugé contre la doctrine de Pothier et de M. Demante. Mais quand on examine cette doctrine au fond, on doit arriver à cette conclusion qu'elle est inadmissible. C'est la théorie de la substance qui est ici intéressée, donc il faut remonter aux principes qui régissent

(1) V. Pothier, n° 225, *Traité de la constitution de rente.*

l'erreur sur la substance de la chose. Ces principes, tels qu'ils sont appliqués par Pothier lui-même, condamnent le système. L'erreur, d'après l'article 1110, doit, pour être une cause de nullité, porter sur la substance même de la chose qui fait l'objet de l'obligation. L'objet de l'obligation du débiteur, c'est une rente viagère, un droit qui doit durer pendant toute la vie d'une personne déterminée. Une vie menacée par une maladie grave est-elle une vie? Un malade, un moribond, est-il un mort? La réponse, affirmative à la première question, négative à la seconde, n'est pas douteuse. Donc un droit naît de la convention, et c'est bien un droit subordonné à la vie et à la mort de la personne déterminée, c'est en substance le droit que voulait acquérir le stipulant, ce droit-là et non pas un autre. L'erreur porte sur une qualité, le droit n'a pas grandes chances de durée, mais cette qualité n'est pas substantielle, puisqu'il est de l'essence de la rente viagère d'être soumise à des éventualités d'extinction très-dangereuses pour le rentier. L'erreur est semblable à celle d'un acheteur qui se trompe sur l'âge d'un cheval et qui est exposé à voir ce cheval mourir beaucoup plus tôt qu'il ne le pensait. L'objet vendu est toujours un cheval, seulement il est de mauvaise qualité, ainsi que le dit Pothier à propos d'un cheval qui ne peut pas marcher, d'une montre dont les rouages ne fonctionnent pas, ou d'un livre d'un mérite au-dessous du médiocre (1). L'exemple que cite Pothier au numéro précité du *Traité de la constitution de rente* ne peut pas servir à trancher la question parce qu'il est lui-même sujet à controverse. On n'annulera pas toujours la vente de chandeliers argentés pour des chandeliers d'argent; cela dépendra de la question de savoir si l'on a vendu et acheté ces chandeliers comme de l'argent, n'ayant pas d'autre valeur que celle du métal; les chandeliers alors sont comme des lingots; ou si on les a vendus pour leur forme, leur ciselure, leur style, leur antiquité; alors ils ont été présentés comme un objet tout autre qu'un simple morceau de métal, et l'erreur sur la matière première n'est plus une erreur sur la substance (2). En est-il de même de la rente dont nous parlons? a-t-elle pu être considérée comme autre chose qu'une rente viagère, et l'erreur ne porte-t-elle pas seulement sur les chances de durée du droit, c'est-à-dire sur une simple qualité dont l'absence ne change pas la nature de la chose?

(1) V. Pothier, Obligations, nos 19, 20.
(2) V. t. V, n° 16 *bis*. II.

189 *bis*. III. Ce n'est donc pas sur la théorie de l'erreur qu'il faut appuyer l'article 1679; il dérive des mêmes idées que l'article précédent; seulement, il se rattache à la théorie de la cause par une décision arbitraire de la loi. Le législateur, par des considérations faciles à comprendre, a considéré la cause comme inexistante, parce que l'objet de l'obligation du débiteur de la rente existe si peu qu'on doit l'assimiler à un objet qui n'existe pas.

C'est une règle générale de la matière de l'objet des obligations que l'objet de l'obligation soit de nature à être de quelque utilité au stipulant, que l'obligation n'existe pas quand le prétendu débiteur n'est pas lié, et qu'il n'est pas lié quand il a relativement à l'objet dû une liberté telle qu'il peut, sans sortir des termes de la convention, livrer une chose inutile et sans valeur; c'est ainsi qu'il n'est pas lié par la promesse de donner un animal, une pierre, sans autre désignation (1).

189 *bis*. IV. Les rédacteurs du Code ont considéré la rente viagère, dans l'hypothèse qui nous occupe, comme n'étant pas un objet sérieux d'obligation, ne procurant aucune utilité au créancier, n'imposant aucun sacrifice réel au débiteur; cette appréciation, qu'un interprète ou un juge n'aurait peut-être pas eu le pouvoir de faire, leur est imposée par une décision formelle de la loi, fondée sur des raisons d'utilité pratique et d'équité incontestables.

Donc il s'agit d'une nullité du contrat fondée sur ce que l'une des obligations a un objet qui, d'après une disposition légale, ne peut pas être l'objet d'une obligation; l'autre, par conséquent, manque de cause.

189 *bis*. V. La discussion à laquelle nous venons de nous livrer n'a pas seulement un intérêt théorique, et la solution que nous avons donnée entraîne des conséquences pratiques importantes. D'abord l'action en nullité existera alors même que le stipulant aurait su que la personne sur la tête de laquelle la rente est établie était atteinte d'une maladie mortelle, l'article 1975 ne parle pas, en effet, de la condition d'erreur que Pothier supposait dans l'espèce qu'il examinait; secondement, cette action ne s'appuie pas sur l'article 1304. Enfin, il ne sera pas possible de renoncer dans le contrat à l'application de l'article 1975, ce qu'on devrait considérer comme licite si l'on fondait la nullité sur l'erreur, car l'allégation d'erreur ne pour-

(1) V. t. V, n[os] 41 et 43 *bis*. I.

rait pas se produire en présence d'une pareille convention. Nous ferons remarquer l'avantage pratique de notre décision, car elle prévient le danger de clauses qui pourraient devenir fréquentes, et dont l'usage anéantirait en fait les sages dispositions de l'article 1975.

189 *bis*. VI. Nous trouvons aussi dans notre doctrine la raison de décider une question que l'article 1975 a laissée dans l'ombre. Si la rente viagère a été constituée sur plusieurs têtes, et que l'une des personnes désignées soit morte dans les vingt jours, d'une maladie dont elle était atteinte au moment du contrat, nous pensons que cette circonstance sera sans influence sur la validité de la constitution; en effet, on ne peut pas dire que l'obligation du débiteur manquait d'objet, puisqu'il s'obligeait pour toute la vie d'une ou plusieurs personnes autres que le décédé, et que par conséquent il se liait par le contrat, il promettait quelque chose de sérieux, une prestation onéreuse pour lui et utile pour le créancier; la circonstance que l'objet promis a perdu quelque peu de sa valeur n'est pas destructive de l'objet lui-même; elle ne doit pas entraîner la nullité de l'obligation (1).

189 *bis*. VII. Il faut bien préciser les conditions de la nullité dont s'occupe l'article 1975. Elles sont au nombre de trois : 1° l'existence de maladie; 2° le décès dans les vingt jours du contrat; 3° le décès étant la conséquence de la maladie. Par conséquent, dès qu'il s'est écoulé plus de vingt jours depuis le contrat, le contrat est valable; mais il ne suffit, pour qu'il soit nul, que le décès se produise dans les vingt jours; il faut, en outre, qu'il résulte d'une maladie existant au jour du contrat. Si donc la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée était atteinte d'une maladie présumée mortelle au jour du contrat, le contrat ne serait pas nul, alors même qu'elle mourrait dans les vingt jours, dans le cas où la mort serait occasionnée par un accident indépendant de la maladie.

189 *bis*. VIII. Les dispositions de Code civil, en subordonnant dans certaines circonstances la validité du contrat de rente viagère à la relation entre la date de la constitution et celle d'un événement déterminé, la mort d'une personne (art. 1974), l'existence chez une personne d'une maladie ou sa mort (art. 1975), ont négligé de s'ex-

(1) V. C. C., 6 février 1866. Sirey, 1866, 1-192. C. Bordeaux, 15 août 1872. Sirey, 1873, 1, 15.

pliquer sur le point de savoir si, pour échapper aux nullités qui résultent de ces deux articles, il faut que l'acte de constitution de rente ait une date certaine antérieure aux deux faits prévus.

On comprend les fraudes qui pourraient être commises au moyen d'antidates, et cette possibilité de fraudes a dû avoir une grande influence sur la pensée des auteurs et de quelques tribunaux qui ont exigé, pour la validité de l'acte, qu'il eût date certaine. Les principes ne commandent pas cette solution, et nous ne devons pas ajouter aux exigences de la loi : l'existence du contrat de rente viagère n'intéresse que les parties elles-mêmes, le stipulant et le promettant, le rentier et celui qui a reçu une valeur pour s'obliger à payer la rente. C'est cette dernière partie qui a intérêt, dans les hypothèses prévues, à demander la nullité du contrat. Si l'adversaire oppose un acte sous seings privés antérieur au décès dans le cas de l'article 1974, ou antérieur soit au commencement de la maladie, soit au vingtième jour avant le décès, dans le cas de l'article 1975, le demandeur en nullité ne peut pas invoquer ce fait que la date n'est pas certaine, car il est partie à l'acte, et par conséquent l'acte même sous seings privés fait foi de sa date à son égard (art. 1322). C'est uniquement par rapport aux tiers que les actes sous seings privés ont besoin d'acquérir date certaine par un des événements énumérés dans l'article 1328.

189 *bis*. IX. En rattachant les articles 1974 et 1975 à la théorie de la cause, nous avons soustrait à l'application de ces articles les constitutions de rentes viagères, qui n'ont pas le caractère du contrat à titre onéreux, mais qui sont imposées comme charges à des donataires. L'exécution à venir des charges de la donation n'est pas la cause de la donation, par conséquent le fait que la rente ne peut pas prendre naissance ne peut annuler la donation, c'est un événement qui augmente plus ou moins le bienfait conféré au donataire, mais la donation tout entière avait pour cause la libéralité à faire, et l'accident qui rend impossible l'exécution de la charge ne détruit pas l'intention généreuse du donateur.

190. Le caractère aléatoire du contrat de rente viagère ne permettait pas de fixer, comme pour la rente perpétuelle, un taux légal à sa constitution. Tout ce que l'équité demande, c'est que la rente soit en proportion du prix fourni, eu égard à la prolongation probable de la vie qui doit en borner la

durée. Mais cette probabilité dépendant d'une foule de circonstances, la loi a dû en laisser la libre appréciation aux parties, qui peuvent dès lors établir la rente au taux qu'il leur plaît de fixer. V. art. 1976.

190 *bis*. I. S'il ne peut pas s'élever de difficultés dans l'hypothèse où les arrérages de la rente dépassent l'intérêt légal de l'argent, il peut au contraire naître des doutes dans le cas où les arrérages représentent une somme inférieure ou égale aux intérêts légaux. Pothier le faisait déjà remarquer, le contrat n'est plus à titre onéreux, il procure à celui qui reçoit le capital, moyennant la promesse de payer la prestation périodique, un avantage purement gratuit; jusqu'à l'extinction de la rente, il détient un capital en en payant l'intérêt légal; mais après l'extinction de la rente, il conserve le capital sans avoir rien donné en échange, puisque ce qu'il a donné jusque-là n'est que la représentation de la jouissance qu'il avait. Le contrat, d'après Pothier, s'analyse en une donation de la propriété du capital, avec réserve pour le donateur de l'usufruit de ce capital sur sa tête ou sur celle d'un tiers (1). Nous ne pensons pas que cet aperçu soit juridiquement exact, bien que nous acceptions les conclusions de Pothier. En effet, il est contraire à la notion de l'usufruit des choses qui se consomment de considérer comme usufruitière la partie qui a aliéné le capital et qui en perçoit en argent les intérêts. D'après l'article 587 du Code civil, qui reproduit les règles du droit romain sur l'usufruit *earum rerum quæ usu consumuntur*, l'usufruitier acquiert la propriété des choses et devient débiteur de choses pareilles à la fin de l'usufruit. Dans notre hypothèse, il n'en est pas ainsi; le contrat transfère la propriété à celui qu'on considère comme nu-propriétaire, et à l'extinction de l'usufruit il n'a rien à restituer. Nous pensons qu'il est plus juridique de présenter le contrat que nous examinons comme un prêt à intérêts, ayant pour terme la mort d'une certaine personne (ordinairement l'emprunteur), accompagné d'une donation du capital pour l'époque de l'échéance du prêt.

190 *bis*. II. Il n'est pas indifférent d'analyser le contrat comme l'a fait Pothier ou comme nous le faisons nous-même, et le résultat pratique auquel conduisent les deux doctrines nous paraît confirmer celle que nous venons d'exposer. Si l'on dit en effet que la partie

(1) V. Pothier, n° 219.

qui a aliéné le capital s'est réservé l'usufruit de ce capital pendant le temps que doit durer la rente, on sera forcé de considérer la rente comme éteinte par la mort de cette partie, alors même qu'elle serait assise sur la tête d'un tiers, car il est de l'essence de l'usufruit de s'éteindre par la mort de l'usufruitier. Le droit du stipulant serait donc exposé à deux éventualités : la mort du tiers, qui éteindrait la rente, et sa propre mort, qui éteindrait l'usufruit. Telle n'a pas dû être évidemment l'intention des parties quand on aura stipulé le paiement des arrérages jusqu'à la mort d'un tiers. Dans notre doctrine, comme nous voyons là un prêt à intérêts jusqu'à l'époque fixée pour l'extinction de la prétendue rente, c'est-à-dire jusqu'à la mort du tiers, il ne sera pas douteux que les héritiers du stipulant puissent toucher jusqu'à cette mort les intérêts d'un capital prêté.

Nous sommes convaincu que c'est faute d'avoir songé à cette hypothèse rare, et pour avoir pensé au cas habituel où le rentier se confond avec la personne sur la tête de qui la rente est assise, que Pothier s'est contenté de la raison par laquelle il justifie sa décision sur le caractère gratuit de l'acte dont nous venons de nous occuper.

190 *bis*. III. Pothier tirait de sa doctrine une autre conséquence. L'acte était pour lui une donation manuelle, et il le validait en cette qualité sans aucune condition de forme. Nous éprouvons quelque scrupule à raisonner ainsi, car la donation étant, selon nous, une donation à terme, n'a pas pu être faite sous forme de don manuel; donner à terme, c'est promettre; promettre une somme d'argent, ce n'est pas effectuer immédiatement la translation de propriété de cette somme. Il est vrai que la somme est remise au donataire au moment du contrat, mais ce n'est pas à titre de donation, c'est à titre de prêt; ce qui est donné, c'est la créance née du prêt et qui serait, sans cette donation, exigible à une certaine époque; or une créance ne peut pas être l'objet d'un don manuel. Il nous faut donc, pour dispenser des formes de la donation l'acte que nous étudions, nous appuyer uniquement sur la validité, admise par la jurisprudence, des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux. Si l'on rejetait l'opinion qui soutient cette validité, il faudrait annuler le contrat de rente viagère dont nous parlons en tant qu'il attribue au débiteur de la rente la propriété du capital après l'extinction de la rente, ce qui conduirait à annuler l'acte tout entier, parce qu'il serait difficile de le scinder.

190 *bis*. IV. On peut avoir aussi constitué une rente viagère moyen-

nant l'aliénation d'un immeuble, et le taux des arrérages est peut-être manifestement inférieur au revenu de l'immeuble. Il s'agira, comme dans l'hypothèse précédente, de savoir si le contrat est à titre onéreux ou à titre gratuit.

Nous ferons d'abord remarquer que les faits n'apparaissent pas ici aussi clairs que dans l'autre espèce, car si l'on peut comparer avec une exactitude mathématique les arrérages d'une rente avec l'intérêt légal d'un capital en argent, il est bien moins sûr de comparer les arrérages, c'est-à-dire une somme fixe, avec le revenu d'un immouble, chose essentiellement variable et aléatoire. Une maison peut rester longtemps sans locataire, une terre est exposée à des causes d'infécondité qui durent quelquefois pendant de longues années. Au temps où nous vivons, les terres cultivées en vignes ont été atteintes par un fléau dont on ne peut encore apercevoir la fin. Donc, le revenu d'un immeuble est profondément instable. On ne peut raisonner que sur des moyennes, et le calcul des moyennes ne donne pas toujours la vérité vraie. Par ces raisons, il faudra, dans la plupart des cas, laisser à l'acte son caractère apparent; il sera doublement aléatoire, d'abord parce que les arrérages ne seront payés que pendant la vie d'une certaine personne, ensuite parce que le débiteur de la rente sera exposé à payer ces arrérages pendant des années où le fonds sera improductif.

190 *bis*. V. On doit cependant reconnaître que dans certaines hypothèses la disproportion entre le revenu probable et les arrérages sera trop grande pour que nous ne nous rapprochions pas de l'hypothèse examinée à propos des rentes constituées à prix d'argent. Alors, il faudra bien traiter le contrat comme une convention à titre gratuit, et nous l'analyserons à peu près comme Pothier a analysé la convention qu'il étudiait. Nous ne pouvons pas élever ici les objections que nous présentions contre sa doctrine et que nous imposaient les principes sur l'usufruit des choses qui se consomment *primo usu*. Nous pouvons donc considérer l'opération comme une donation de l'immeuble soumise à la condition de payer une rente viagère; ce qui entraînera cette conséquence que l'acquéreur sera soumis aux règles sur le rapport et la réduction, dans les conditions où elles s'appliquent aux donations avec charges.

On comprend pourquoi nous ne voyons pas dans l'acte une aliénation de la nue-propriété avec réserve de la jouissance en faveur du donateur, c'est que le donateur n'a pas la jouissance en

nature et que sur ce point nous nous éloignons de l'idée émise par Pothier à propos de la rente constituée moyennant l'aliénation d'un capital en argent. De là découlera la conséquence que nous avons tirée de notre doctrine au nº 190 *bis*. II, pour le cas où la rente viagère est constituée sur la tête d'un tiers.

190 *bis*. VI. La validité de l'acte que nous examinons, lorsqu'il n'a pas été fait dans les formes des donations entre-vifs, ne pourra résulter que de la doctrine qui valide les donations déguisées, car, puisqu'il s'agit d'immeubles, nous sommes tout à fait en dehors de la théorie des dons manuels.

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

191. Ces effets sont envisagés ici sous trois rapports :

1° Quant à l'aliénation du capital fourni au constituant (art. 1977, 1978);

2° Quant aux arrérages que le rentier doit percevoir (art. 1979-1981);

3° Quant à la durée de la rente (art. 1983).

192. L'aliénation du capital formant le prix de la rente viagère est plus complète encore que dans la constitution de rente perpétuelle; car elle a lieu sans aucun espoir de recouvrement. Toutefois cette aliénation n'étant point pure et simple, il est conforme aux principes qu'elle puisse être révoquée pour inexécution des conditions sous lesquelles elle a été consentie. La loi applique cette règle au cas où le constituant ne donne pas à celui qui a fourni le prix les sûretés stipulées par le contrat : elle autorise en conséquence celui-ci à demander la résiliation. V. art. 1977.

192 *bis*. I. L'article 1977 contient une application de l'article 1184. La condition résolutoire, au cas d'inexécution par l'une des parties de ses engagements, est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques et dans ceux qui sont à titre onéreux sans être synallagmatiques. Voici pourquoi l'aliénateur du capital qui a stipulé des garanties peut redemander son capital quand les garan-

ties ne sont pas fournies. La restitution de ce capital est la conséquence de la résolution du contrat.

Les questions de détail qui peuvent s'élever à l'occasion de cette demande en résolution, par exemple, celles de savoir si les sûretés peuvent être fournies pendant l'instance, si la mort de celui sur la tète de qui la rente est constituée éteint l'action en résolution, et d'autres semblables, doivent être résolues comme elles l'ont été sur l'article 1184. Leur solution est imposée par le principe que la condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit et qu'elle a besoin d'être prononcée par le juge (1).

192 *bis*. II. Il faudrait assimiler celui qui détruit les sûretés données à celui qui ne fournit pas les sûretés promises. Le fait qu'il commet est certainement un manquement à son engagement, car promettre de donner une sûreté, c'est également promettre de la laisser subsister, c'est-à-dire de ne rien faire pour la détruire. Il est bon de citer à l'appui de cette solution l'article 1188; non pas qu'il soit applicable dans son texte, car il traite d'un débiteur à terme, et le débiteur d'une rente n'est aucunement débiteur du capital, mais il existe une analogie frappante entre le cas de l'article 1188 et celui que nous examinons; cette analogie confirme le raisonnement que nous appuyons sur l'article 1184.

192 *bis*. III. Il arrive ordinairement, quand un contrat est résolu pour inexécution des obligations de l'une des parties, que le contractant qui obtient cette résolution doit restituer ce qu'il a reçu, les acomptes payés, puisque la condition accomplie doit remettre les choses au même état que si le contrat n'avait pas été fait. Il en sera autrement ici, à cause du caractère particulier du contrat de rente viagère. Si le rentier a reçu des arrérages échus avant le jugement qui prononce la résolution, il ne devra pas les rendre, parce qu'ils sont la représentation du risque qu'il a couru pendant le temps qui s'est écoulé depuis la convention jusqu'à la résolution. Il risquait de perdre le capital aliéné s'il mourait ou si le tiers sur la tête de qui la rente était constituée mourait. Il n'est pas par conséquent dans la position d'un vendeur qui, ayant reçu des acomptes, reprend néanmoins et à tout événement l'immeuble vendu : celui-ci garderait les acomptes *sine causa*, tandis que l'acquisition des arrérages par celui-là a une cause.

(1) V. t. V, n°s 104 et 104 *bis*.

193. Le même principe semblerait autoriser la résiliation, à défaut de paiement des arrérages (v. à ce sujet art. 1184, 1912). Mais, eu égard aux graves inconvénients qu'entraîne en cette matière la résiliation, par la difficulté de régler équitablement les droits des parties, la loi ne veut pas qu'elle soit appliquée pour cette cause, moins favorable en effet que la précédente, puisqu'on peut alors imputer au stipulant d'avoir trop légèrement suivi la foi du constituant. Ces motifs, au surplus, étant communs à la constitution de rente à prix d'argent et à la constitution pour une aliénation, les deux cas, sous ce rapport, sont assimilés (nonobstant article 1654). Dans l'un comme dans l'autre, il ne reste donc au rentier que la ressource de forcer à l'exécution de la convention. A cet effet, il peut, comme de raison, faire saisir et vendre les biens de son débiteur, et faire ensuite ordonner ou consentir l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. V. art. 1978.

193 *bis*. I. L'article 1878 se lie, comme l'article précédent, à la théorie de l'article 1184; seulement il ne l'applique qu'avec une certaine réserve. Il paraît d'abord soustraire complétement le contrat de rente viagère à la règle sur la condition résolutoire tacite, mais ce n'est là qu'une apparence. En effet, il dit bien que le défaut de paiement des arrérages, c'est-à-dire l'inexécution de l'obligation du débiteur, n'entraînera pas la restitution du capital ou du fonds aliéné, mais il ne se borne pas à cette décision, il permet de faire saisir et vendre les biens du débiteur pour fournir au créancier non pas seulement les sommes dues par arrérages échus, mais un capital qui sera employé pour assurer le paiement des arrérages. Cette seconde décision de l'article s'inspire bien du principe de la résolution, car elle détruit le contrat en ceci que, ne laissant plus le débiteur maître de payer petit à petit des annuités, elle lui impose la prestation immédiate d'un capital considérable. Ce n'est pas toutefois la résolution véritable, car ce capital ne devient pas la propriété du créancier de la rente, il est placé de manière que le débiteur poursuivi en reste nu-propriétaire, en sorte qu'il n'est pas perdu pour lui. L'article consacre donc une sorte de transaction entre le droit que le créancier puiserait dans l'article 1184

et le droit qu'aurait le débiteur si l'on avait absolument répudié la théorie de la résolution.

193 *bis*. II. Il faut maintenant se demander pourquoi le législateur n'a pas fait ici une application pure et simple de l'article 1184. Il a été impressionné par le caractère aléatoire du contrat, et il n'a pas cru qu'il fût possible de remettre, par une résolution, les choses au même et semblable état que si le contrat n'avait pas eu lieu. Le créancier a touché pendant un certain temps les arrérages; les rendrait-il en reprenant son capital? Il ne peut en être ainsi, car d'abord il pourrait être ruiné par la restitution d'arrérages qu'il a légitimement consommés, et de plus, s'il les conserve, il ne les conserve pas sans cause, puisqu'il a couru le risque de perdre son capital par une mort, survenue peu de temps après le contrat, alors que peu de termes d'arrérages avaient été payés. S'il ne restitue pas les arrérages qui, remarquons-le bien, sont supérieurs à l'intérêt légal, il est injuste de priver le débiteur de la rente du droit qu'il a de conserver le capital intact lorsque survient l'extinction normale de la rente viagère. Rendre le capital au rentier quand il a vieilli, c'est lui rendre en un sens beaucoup plus qu'il n'a donné, puisqu'il pourrait placer ce capital à un taux beaucoup plus élevé que lors du premier contrat, c'est-à-dire il y a dix ou vingt ans peut-être. Voilà ce qui empêche le législateur d'appliquer ici dans sa rigueur le principe de la résolution du contrat au cas d'inexécution des obligations.

193 *bis*. III. Il ne l'a pas cependant tout à fait abandonné, puisqu'il permet au créancier de poursuivre autre chose que le paiement des arrérages échus. Reste à dire quel doit être le résultat de ces poursuites. Le créancier saisit et fait vendre les biens de son débiteur; mais comme il n'est pas créancier d'un capital, il ne peut pas être directement payé sur le prix de vente de ces biens. Ce prix doit être employé pour assurer à l'avenir le paiement exact des arrérages. Le but auquel tend l'article s'aperçoit très-facilement, il est double, assurer le paiement des arrérages au profit du créancier et conserver le capital au débiteur, pour qu'il le retrouve à l'extinction de la rente. Ce double but sera ordinairement atteint par un emploi perpétuel; par exemple, l'achat d'une rente sur l'État produisant annuellement la somme à laquelle s'élevaient les arrérages de la rente viagère. Cette rente sera affectée en nue propriété au débiteur de la rente viagère et en jouissance au rentier viager,

jusqu'au décès de la personne sur la tête de laquelle reposait la rente viagère.

Ce procédé peut n'être pas praticable, car il demande un capital considérable, et les biens vendus ont peut-être produit une somme inférieure; par exemple si la rente viagère étant de 450 francs, les biens ont été vendus 8,000 francs, alors qu'il faudrait 10,700 francs pour acheter 450 francs de rente 4 1/2 pour 100 sur l'État, au cours du jour (107 francs); il s'en faut de 2,700 francs que l'opération puisse être réalisée dans les conditions que nous avons indiquées.

Faudra-t-il alors employer les 8,000 francs en rente au cours de 107 francs, ce qui réduira singulièrement la rente viagère? Évidemment non; le texte de l'article 1978 n'impose pas cette solution. Ce qu'il ordonne, c'est l'emploi d'une somme suffisante pour assurer le service des arrérages; donc ce qu'il veut avant tout, c'est le service des arrérages, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation du débiteur. Que l'emploi se fasse en perpétuel, quand il est possible, pour sauvegarder à la fois les intérêts du créancier et du débiteur, c'est le vœu de la loi; mais quand les deux intérêts sont inconciliables, il est clair que l'intérêt du créancier prédomine en ce sens qu'il peut exiger l'exécution de l'obligation, alors même que cette exécution est onéreuse pour le débiteur qui a manqué à ses engagements. On devra donc, en pareil cas, faire l'emploi en viager pour faire autant que possible produire, par le prix de vente des biens, une somme égale aux arrérages de la rente viagère.

193 *bis*. IV. Quelquefois le créancier et le débiteur s'entendront pour que celui-ci abandonne à celui-là, en propriété, un capital représentant la valeur du droit de rente viagère. Les conventions sont libres, mais cette combinaison ne peut être imposée ni au débiteur ni au créancier. Elle ne peut l'être au débiteur, qu'elle prive de son capital, tandis qu'il ne doit que des arrérages, ni au créancier, qui a le droit de préférer ce qu'on lui a promis, une prestation périodique, à un capital dont le placement au taux nécessaire pour reconstituer la rente ne lui sera peut-être pas facile.

193 *bis*. V. On a quelquefois admis une combinaison qui consiste à ordonner que le créancier de rente viagère aura l'hypothèque judiciaire, non-seulement pour les arrérages échus, ce qui va de soi, mais pour les arrérages à venir. Nous pensons que la légitimité de cette mesure résulte de ce que nous avons rattaché l'article 1978 à la théorie de l'article 1184. Si la décision de notre

article est une application mitigée de la règle sur la condition résolutoire tacite, les tribunaux ne sont pas forcés de prononcer cette résolution, ils peuvent par conséquent accorder des délais au débiteur; quand ils accordent ces délais, ils n'en condamnent pas moins le débiteur à l'exécution, et dès lors l'hypothèque judiciaire garantit cette exécution. C'est ce qu'ils font dans l'hypothèse que nous examinons, ils constatent l'existence de l'obligation de payer des arrérages, sans exiger immédiatement le placement d'un capital pour en assurer le paiement, mais, par cette constatation de l'obligation, ils créent l'hypothèque judiciaire destinée à la garantir. Le jugement ressemble à une décision qui, d'après l'article 1184 et l'article 1244, accorderait au débiteur des délais pour le paiement (1).

193 *bis*. VI. Nous venons de tirer une conséquence de ce fait, que notre article dérive de l'article 1184; en voici une autre très-importante. Notre article n'est pas applicable quand la rente viagère a été constituée à titre gratuit. La résolution pour inexécution des engagements suppose un contrat à titre onéreux. Rien de semblable ne pourrait se présenter au cas de donation. Il s'agit, bien entendu, non pas d'une donation à charge de rente viagère, mais d'une donation de rente viagère. Le donateur a donné la rente, en promettant de payer des arrérages. Il ne paie pas, on a certes le droit de le poursuivre, mais il ne peut être question de faire résoudre la donation, car cette résolution ne saurait aboutir à la restitution d'un capital qu'il n'a pas reçu. Quant à lui demander le capital comme chose due, alors même que ce capital devrait être placé, ce serait complétement sortir des termes de la convention, car le donateur débiteur n'a jamais promis que des prestations périodiques, et les juges n'ont pas le pouvoir de transformer une obligation alors qu'elle n'est pas exécutée. Nous ne donnerions même pas alors l'hypothèque judiciaire pour les arrérages à échoir, car ils n'ont pas pu être demandés, à moins que, sur la demande d'arrérages échus, le donateur n'ait contesté l'existence de la dette, ce qui entraînerait une condamnation portant sur la rente elle-même, considérée comme dette éventuelle, et légitimerait l'hypothèque judiciaire pour les arrérages à venir (2).

193 *bis*. VII. Une convention spéciale pourrait déroger à l'article

(1) V. C. Lyon, 28 avril 1875, Sirey, 1875, 2-322.
(2) V. C. I. Nancy, 22 février 1867, Sirey, 1868, 2-50.

1978, et le capital de la rente constituée à titre onéreux pourrait être redemandé, au cas de non-paiement des arrérages, si les parties en étaient convenues. Aucune des expressions de l'article ne fait croire que cette stipulation soit interdite, et il ne paraît pas qu'elle blesse en quoi que ce soit l'ordre public ou les bonnes mœurs.

194. Le but qu'on se propose dans un placement en viager serait tout à fait manqué, si l'acquisition de la rente n'était pas aussi irrévocable que l'aliénation du capital. Ajoutons que la charge de la servir devant nécessairement cesser dans un temps plus ou moins rapproché, il n'y avait pas lieu d'appliquer ici le principe qui a fait déclarer la rente perpétuelle essentiellement rachetable. Sous aucun prétexte donc, ni à la faveur d'aucune condition, le constituant ne peut s'affranchir du service des arrérages, tant que dure la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente est établie. V. art. 1979.

194 *bis*. Il faut réserver sur cet article, comme nous l'avons fait sur le précédent, l'effet d'une convention contraire. Le débiteur pourrait avoir stipulé le droit de rachat, et cette clause, tout à son avantage, ne saurait être iuvalidée.

195. De ce qui précède il résulte que le contrat de rente viagère a un caractère d'irrévocabilité qui lui est propre, et qui s'attache également à l'aliénation de la somme ou de la chose fournie pour prix de la rente, et à l'acquisition du droit à la rente; du reste, il est bien à remarquer que la loi, en consacrant particulièrement ce caractère dans les articles 1978 et 1979, n'a en vue que les effets du contrat entre les parties contractantes.

195 *bis*. I. Les solutions que nous avons données sur les articles précédents ne peuvent pas être admises dans leur rigueur, si le créancier de la rente se trouve en conflit non plus avec le débiteur lui-même, mais avec des tiers, créanciers ou acquéreurs.

195 *bis*. II. Envisageons les différentes hypothèses qui peuvent se produire. Mettons d'abord le créancier chirographaire d'une rente viagère en présence d'autres créanciers chirographaires. Le débiteur est en faillite ou en déconfiture; il est alors plus que probable

en fait que les créanciers sont réduits à toucher un dividende, par conséquent le créancier de rente n'arrive jamais à obtenir un capital suffisant pour produire, par un placement en perpétuel, des intérêts annuels égaux aux arrérages de la rente; il faudra donc alors estimer ce que vaudrait en capital la rente viagère qui lui est due et le colloquer pour cette somme, dont il sera payé au marc le franc comme les autres créanciers.

195 *bis*. III. Si nous supposons maintenant la rente garantie par une hypothèque et un conflit entre le créancier et d'autres créanciers hypothécaires, la rente sera colloquée au rang que lui assigne la date de son inscription, et le montant de cette collocation sera déterminé par la règle de l'article 1978. S'il est possible de trouver une somme suffisante pour faire un placement en perpétuel produisant les arrérages de la rente viagère, le créancier de la rente sera colloqué pour cette somme, sous la condition que le placement sera fait et que le capital de la rente achetée en placement reviendra, lors de l'extinction de la rente, aux créanciers postérieurs, au profit desquels il sera fait une collocation éventuelle, ou pour mieux dire, future (1).

195 *bis*. IV. Que si la difficulté s'élève entre le créancier de la rente et un tiers acquéreur qui veut purger, la solution sera la même, car celui qui purge n'a pas d'offre spéciale à faire à chaque créancier, il offre à tous collectivement un certain prix. S'il n'y a pas de surenchère, le prix est distribué aux créanciers dans l'ordre de leurs hypothèques, et par conséquent nous retrouvons l'hypothèse de la collocation dans un ordre, hypothèse sur laquelle nous venons de nous expliquer.

196. Les arrérages de la rente viagère, aussi bien que ceux de la rente perpétuelle, sont considérés comme fruits de l'être de raison appelé rente (v. art. 584, 588). Ce sont des fruits civils (art. 584), auxquels s'applique conséquemment le principe de l'acquisition jour par jour (art. 586). C'est donc mal à propos que quelques-uns voulaient attribuer à la vie, au commencement du terme, l'effet de donner droit au terme entier; le Code décide, avec raison, au contraire, que la rente n'est acquise au propriétaire qu'en proportion du nombre de

(1) V. C. C., 5 novembre 1862, Sirey, 1863, 1, 261.

jours qu'il a vécu; disons mieux, que les arrérages ne sont acquis au propriétaire qu'en proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente est établie. V. art. 1980, al. 1.

Cette règle cependant reçoit exception lorsqu'il a été convenu (ou, plus exactement, lorsqu'il est établi par le titre) que la rente sera payée d'avance. On suppose alors favorablement que la volonté qui conférait le droit d'exiger entendait conférer par là même le droit d'acquérir irrévocablement. Il suffit donc que le terme ait dû être payé, et ce quand même il ne l'aurait pas été effectivement, pour qu'il soit acquis en entier. V. art. 1980, al. dernier.

197. Sous quelque point de vue qu'on considère les arrérages de rente, ils font partie des biens du rentier, et sont comme tels, en principe, saisissables par ses créanciers (article 2092). Toutefois, comme les rentes viagères peuvent souvent être réputées alimentaires, la faveur des aliments avait fait élever quelques doutes sur ce point. Quoi qu'il en soit, le Code décide avec raison que la rente constituée à titre onéreux ne doit pas, plus que le prix pour lequel elle est constituée, échapper au droit de gage des créanciers. Mais si elle est constituée à titre gratuit, la clause qui la déclarerait insaisissable, ne faisant véritablement aucun tort aux créanciers, est autorisée par la loi. V. art. 1981. Bien plus, cette clause ne sera pas même nécessaire, si c'est à titre d'aliments que la rente est ainsi constituée (C. Pr., article 581-1°); v. au surplus C. Pr., art. 582.

198. La rente viagère s'éteint évidemment par la mort de la personne ou des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée. Mais le cas de mort civile n'ayant pas dû entrer dans la pensée des parties, cette mort n'empêchait pas que le paiement en dût être continué à qui de droit, tant que durait la vie naturelle. La règle s'appliquait au cas même où c'était sur la tête dn propriétaire que la rente avait été créée. V. art. 1982 et loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile.

199. Au reste, le droit à la rente viagère n'étant que conditionnel et subordonné à la vie de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, c'est à celui qui réclame les arrérages à justifier de cette existence. V. art. 1983.

TITRE TREIZIÈME.

DU MANDAT.

200. Le mandat se rapproche du dépôt par le but que les contractants s'y proposent; c'est aussi, du moins dans son principe, un acte de confiance et d'amitié; mais son objet est bien plus général; ce qui entraîne de grandes différences dans la manière de le former et dans ses effets. La loi règle successivement : 1° sa nature et sa forme (ch. 1); 2° les obligations qui en naissent (ch. 2 et 3); 3° comment il finit (ch. 4).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

201. Donner mandat, c'est charger une personne de faire quelque chose, et conséquemment l'y autoriser s'il en est besoin. Cette charge, dans notre droit, renferme le pouvoir d'agir pour le mandant et en son nom. Le mandat peut s'envisager sous deux points de vue différents : 1° comme simple acte de la volonté de celui qui le donne; 2° comme contrat, dépendant en cette qualité, pour sa formation, du concours de deux volontés. Sous le premier rapport, le mandat se confond presque avec la procuration; sous le second, il peut être le résultat d'une procuration acceptée.

La loi semble ne reconnaître à la procuration d'autre but que celui de donner pouvoir; c'est en effet le seul que l'on exprime ordinairement dans une procuration, et c'est aussi le seul résultat que la procuration produise immédiatement.

Quoi qu'il en soit, ce pouvoir est presque toujours donné dans l'intention de charger celui qu'on en investit de l'opération à laquelle on le rend habile. Sous ce point de vue, la procuration est un acheminement au contrat de mandat, qui sera parfait lorsque la procuration sera acceptée, mais qui ne le sera que par cette acceptation. V. art. 1984.

201 *bis*. I. Le mandat est défini par Pothier : un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire à sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement et s'oblige à lui en rendre compte (1). Cette définition conserve au mandat la physionnomie qu'il avait dans le droit romain, elle met en relief la nature du mandat : c'est un contrat, un accord de volonté produisant des obligations, et quand nous le rencontrons dans une œuvre du grand jurisconsulte qui a inspiré les rédacteurs du Code civil, nous pouvons *à priori* supposer qu'elle est en harmonie avec leurs idées. La place qu'occupe le titre du mandat au milieu des traités sur les divers contrats confirme cette supposition; le Code a voulu traiter du contrat de mandat.

201 *bis*. II. Or, il n'en donne pas la définition, car il commence par expliquer ce que c'est que la *procuration*, qui s'appelle quelquefois aussi, mais improprement, *mandat*. Il nous la montre comme un acte unilatéral, comme l'œuvre de celui qui autorise une autre personne à faire quelque chose pour lui et en son nom; mais, après avoir ainsi traduit le mot mandat ou procuration, le Code ajoute : le mandat se forme par l'acceptation du mandataire. Donc le mandat-contrat est distinct de la procuration, et, ce qu'il est important de constater, le contrat peut se former à la suite d'une procuration, mais il n'est pas nécessairement subordonné à la préexistence de la procuration.

201 *bis*. III. Si le Code lui-même reconnaît au début de la matière que le contrat est indépendant de la procuration, nous pouvons en conclure que la définition de la procuration n'est pas destinée à déterminer les caractères distinctifs du contrat du mandat. La définition du mandat est sous-entendue; l'idée que cette expression évoque chez les rédacteurs de Code civil, c'est l'idée du contrat de mandat, telle que les Romains la concevaient et telle que Pothier la présentait dans la définition que nous avons citée.

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de mandat*, n° 1.

201 *bis*. IV. Quand on veut trouver la définition du mandat dans l'article 1984, on arrive à penser que le Code civil a abandonné l'idée romaine, et a admis sur la nature de ce contrat une idée tout à fait nouvelle. On fait remarquer que le mandataire doit agir non-seulement pour le mandant, mais *en son nom*, et de ces derniers mots on conclut qu'il doit le représenter. Par conséquent, le mandat supposerait la mission de faire des actes juridiques, et de les faire comme le remplaçant, le représentant de celui qui a donné le mandat. Tout contrat par lequel une personne se chargerait de faire pour autrui quelque chose qui ne serait pas la représentation dans un acte juridique, ne serait pas un mandat (1).

201 *bis*. V. Cette doctrine a le tort, à notre sens, de faire sortir du cercle qu'embrasse le contrat de mandat des conventions qui y ont toujours été comprises et qu'on ne saurait juridiquement faire rentrer dans d'autres espèces de conventions.

Ainsi, il se présente des cas dans lesquels l'acte à accomplir n'est pas un acte juridique, et cependant la mission de l'accomplir a toujours été considérée comme un mandat. *Exemples :* Je vous charge de surveiller ma maison pendant mon absence (2) ou de cultiver mon jardin, ma vigne, d'arroser mes fleurs, le tout gratuitement; vous acceptez cette charge pour me rendre service. Je vous charge de faire pour moi un voyage, de surveiller mes ouvriers, etc. Tout cela a toujours été compris dans le mandat donné, *ut mandatarius negotia gerat* (3), et tout cela, même cette dernière formule, ne suppose pas qu'il s'agisse nécessairement d'accomplir certains actes juridiques. Les textes du droit romain supposent encore, dans cet ordre d'idées, le mandat d'examiner les forces d'une succession, et celui de tuer ou de blesser quelqu'un, ils annulent ce dernier, *propter turpitudinem*, mais sans alléguer qu'il n'y a pas mandat (4); enfin, dans les Institutes de Justinien, il est question du mandat de nettoyer ou de réparer des vêtements (5).

201 *bis*. VI. Voilà des exemples qui démontrent que le fait à accomplir n'est pas toujours un acte juridique; aussi bien l'article 1984 lui-même, dans la définition de la procuration, parle très-

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 458. Édit. 1856.
(2) V. Pothier, *Traité du dépôt*, n° 3 *in fine*.
(3) V. D. L. 2, § 3, *Mandati*.
(4) V. D. L. 42 *Mandati*, et L. 22, § 6, *eod. tit.*
(5) *Instit.*, l. III, t. XXVI, § 13.

vaguement de *faire quelque chose*. Nous allons trouver maintenant des faits qui seront juridiques, mais qui ne supposeront pas une représentation de la personne du mandant par celle du mandataire, et qui cependant sont considérés sans difficulté comme étant la base d'un mandat quand une personne a chargé une autre de les accomplir. Nous avons en vue les hypothèses où une personne, sur l'ordre d'une autre, s'engage comme caution envers un créancier, ou prête de l'argent à un emprunteur. Dans les deux cas, le fait à accomplir est bien un acte juridique, s'obliger dans le premier cas, faire un contrat du prêt dans le second. Mais ni dans l'une, ni dans l'autre hypothèse, celui qui a reçu l'ordre ne fait l'acte juridique au nom et comme représentant de l'autre partie. Quand je me porte caution sur votre ordre ou votre prière, c'est bien *proprio nomine* que je m'engage; quand je prête de l'argent à la personne que vous m'avez indiquée, c'est personnellement que je fais le contrat, et c'est à mon profit que naît l'action en restitution de la somme prêtée; j'ai agi sous votre impulsion, pour vous rendre service, mais je ne vous ai pas représenté dans l'acte juridique accompli. Or, ces deux hypothèses ont toujours été considérées en droit romain et en droit français comme des cas de mandat; l'une des deux conventions, la seconde, constitue le *mandatum pecuniæ credendæ* (1). Dans l'autre, il a toujours été admis que la caution, si elle était contrainte de payer, avait contre le débiteur l'action *mandati* (2). Le Code civil a certainement consacré la dernière de ces deux solutions par les décisions qu'il donne dans l'article 2028, et il est intéressant de faire remarquer qu'elle est également admise par les auteurs modernes, qui nous ont fourni la définition du mandat à laquelle nous résistons et qui ont écrit : « Les caractères essentiels et distinctifs du mandat consistent..... 2° en ce que le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant à l'effet de l'obliger envers des tiers ou d'obliger des tiers envers lui. » Nous trouvons en effet, dans leur explication du titre du cautionnement, que la caution qui s'est engagée à la prière du débiteur principal jouit, après avoir acquitté la dette, indépendamment du recours fondé sur la subrogation, d'une *action de mandat* contre ce débiteur (3).

201 *bis*. VII. Nous concluons de cette discussion que le fait qui

(1) V. *Instit.*, l. III, t. XXVI, § 5.
(2) V. *Instit.*, l. III, t. XX, § 6.
(3) V. Aubry et Rau, t. III, p. 503, texte et n° 5. Édit. 1856.

constitue l'objet de l'obligation du mandataire ne doit pas être nécessairement un fait juridique ni un acte de représentation de la personne du mandant, c'est un fait quelconque. Comme le dit M. Demante au n° 201, en reproduisant certaines expressions de l'article 1984 et en dégageant le texte de cet article de ce qui est particulier à la définition de la procuration : donner mandat, c'est charger quelqu'un de faire *quelque chose.* D'où cette conséquence qu'il faut retrancher de la définition de Pothier les mots : *en sa place,* qui présentent le mandataire comme remplaçant le mandant, ce qui est vrai assez ordinairement, mais ce qui n'est pas un des caractères essentiels du contrat.

201 *bis.* VIII. Nous trouvons encore dans la définition de Pothier un autre caractère, la gratuité; c'est aussi un caractère naturel au mandant; quand nous le rencontrerons dans un contrat, il nous servira pour reconnaître le mandat, mais ce n'est pas un caractère essentiel, ainsi que cela résulte des nos 23 et 26 de Pothier et de l'article 1986 du Code civil, à propos duquel nous examinerons quelle influence la stipulation d'un salaire peut exercer sur la nature même du contrat par lequel une personne charge une autre de faire pour elle quelque chose.

201 *bis.* IX. Nous venons de donner la notion du mandat considéré comme contrat; il faut parler maintenant de la procuration. C'est l'acte qui donne au mandataire *pouvoir* de faire une certaine chose. Nous prenons ici le mot acte dans son double sens : 1° fait juridique, c'est l'autorisation d'agir; cette autorisation, considérée elle-même comme acte juridique, est indépendante de toute formalité, elle consiste dans une manifestation de la volonté; 2° écrit, *instrumentum;* écrit dressé pour constater le fait qui donne au mandataire pouvoir d'agir.

La procuration, en tant que pouvoir, est surtout utile quand le mandataire doit représenter le mandant dans les rapports avec les tiers; elle prouve à ceux-ci que celui qui traite avec eux au nom d'un autre est autorisé, a pouvoir d'agir ainsi. Mais quand le mandat ne tend pas à mettre le mandataire en rapport avec les tiers, la procuration proprement dite devient inutile. Entre les deux parties il se forme un contrat ordinaire, et la preuve n'en deviendra nécessaire que lorsqu'il s'agira d'exiger de l'une ou l'autre partie l'exécution de ses obligations. M. Demante a parfaitement accentué la différence entre le mandat et la procuration, et accusé la possibilité

d'un mandat existant sans procuration, quand il a dit : « Donner mandat, c'est charger une personne de faire quelque chose et conséquemment l'y autoriser *s'il en est besoin.* »

202. La procuration consiste dans le fait de la volonté du constituant, et le mandat est parfait par le seul consentement des parties; l'écriture, conséquemment, n'est requise en cette matière que pour la preuve; et, sous ce rapport même, elle ne l'est que suivant les principes et les distinctions posés au titre *des contrats ou des obligations conventionnelles en général* (1).

Cela posé, la volonté de donner mandat est ordinairement expresse (2); mais elle peut également s'exprimer, soit par un écrit, de quelque nature qu'il soit, même une lettre missive, soit verbalement.

Quant à l'acceptation du mandat, non-seulement elle peut s'exprimer de toutes ces manières, mais elle peut même n'être que tacite; il est clair, par exemple, que l'exécution donnée au mandat par celui qui en est chargé constituerait une acceptation tacite. V. art. 1985.

202 *bis*. I. La note de M. Demante sur la preuve de la procuration ou du contrat du mandat n'a besoin d'être complétée ou expliquée

(1) Remarquons, à ce sujet, qu'il ne faut pas confondre la preuve du pouvoir et celle du contrat. La preuve du pouvoir intéresse surtout les tiers avec lesquels le fondé de pouvoir traitera au nom du constituant; celle du contrat intéresse les parties elles-mêmes, qui sans cette preuve ne pourraient se contraindre à l'accomplissement de leurs obligations respectives. Comme c'est principalement pour la preuve du pouvoir que l'on rédige un acte authentique ou sous seing privé, il n'est pas étonnant que l'acte authentique se dresse souvent en brevet (v. L. 25 ventôse an XI, art 20), que l'acte sous seing privé se rédige en un seul original, et que dans les deux cas l'acte soit remis aux mains du mandataire. Il est de toute évidence que la validité de l'acte sous ce rapport ne peut nullement dépendre de l'observation de la règle établie par l'article 1325. Quant à la preuve du contrat entre les parties, il y a une autre raison pour que l'article 1325 n'y ait pas non plus d'application; c'est que, comme on le verra bientôt, le contrat de mandat n'est pas proprement un contrat synallagmatique. (Note de M. Demante.)

(2) Cependant les anciens principes reconnaissaient un mandat tacite en cas de gestion par un tiers au vu et su du maître. Cette doctrine, tout à fait conforme à la nature des choses, me paraît encore susceptible d'application (nonobstant article 1372). J'en conclus que dans ce cas les obligations du maître seraient régies, non par l'article 1375, mais par les articles 1998-2002. (Note de M. Demante.)

que sur un point. Il est vrai que le contrat étant synallagmatique imparfait, c'est-à-dire unilatéral, il n'est pas nécessaire de le rédiger en double original, mais il faut se garder de croire que la procuration en brevet ou sous seing privé suffira, parce qu'elle est remise au mandataire et que le mandant se trouve alors dépourvu de moyen de preuve; s'il veut demander l'exécution du mandat, il lui faudrait une preuve écrite, sinon du pouvoir qu'il a donné, au moins de l'acceptation de ce pouvoir par le mandataire. Nous supposons, bien entendu, que la matière ne comporte pas la preuve testimoniale.

202 *bis*. II. Nous avons examiné au tome V, n° 349 *bis*. II et III, la question de savoir si le Code admet le mandat tacite qu'admettait l'ancien droit, ainsi que le constate Pothier (n° 29). La difficulté vient du texte de l'article 1372, qui voit le quasi-contrat de gestion d'affaire dans le cas même où le maître connaît les actes du gérant. Il est clair que le Code n'a pas voulu attacher au simple silence du maître, à sa non-opposition, la force de l'obliger comme mandant, quelles que fussent d'ailleurs les circonstances du fait. Mais il faut reconnaître que, le mandat étant un contrat purement consensuel, on pourra reconnaître l'existence d'un mandat tacite quand des circonstances du fait donneront une signification particulière au silence du maître de l'affaire.

203. Tout affaire honnête peut être l'objet du mandat; il n'est pas nécessaire que cette affaire concerne le mandant, ni même qu'elle l'intéresse aucunement, pourvu qu'elle ne soit pas dans l'intérêt unique du mandataire (v. *Just.,* Inst., pr., *de mand.;* v. pourtant art. 1119). Quoi qu'il en soit, il est probable que ce contrat, dans son but primitif, n'a tendu qu'à mettre une personne à même de se décharger sur une autre du soin de sa propre affaire. C'est particulièrement sous ce point de vue que notre Code l'a envisagé.

203 *bis*. Quand le mandat aura été donné exclusivement dans l'intérêt d'un tiers, le mandant ne saurait avoir l'action pour contraindre le mandataire à exécuter, car il n'a pas d'intérêt; quant au tiers, il ne pourrait agir lui-même, n'ayant pas fait le contrat (art. 1119), sous la réserve toutefois des observations que nous avons faites sur cet article et en vertu desquelles la stipulation se trouverait validée parce qu'on devrait considérer celui qui a donné

mandat comme ayant agi en qualité de gérant d'affaire pour le tiers intéressé à l'exécution du mandat (1).

204. Ce qui distingue principalement ce contrat du louage, c'est la gratuité des services du mandataire, gratuité longtemps considérée comme de l'essence du mandat (v. *Paul*, L. 1, § 4, D. *mand.*). Toutefois, les Romains eux-mêmes avaient commencé à s'éloigner de ce principe, sans l'abandonner entièrement (v. *Ulp.*, L. 6; *Papin.*, L. 7, D. *mand.*; *Sever. et Ant.*, L. 1, Cod., *eod.*). Notre Code va plus loin, puisqu'en déclarant le mandat gratuit de sa nature, il autorise formellement la convention contraire. V. art. 1986; et remarquez que cette convention devrait même, suivant les cas, se présumer, eu égard au genre de services et à la profession de celui qui s'en charge. D'après cette doctrine, d'accord au surplus avec les mœurs, c'est uniquement la nature du service qui doit servir à distinguer le mandat non gratuit du louage, avec lequel il importe toujours de ne pas le confondre.

204 *bis*. I. L'article 1986 établit nettement la théorie du Code civil sur la gratuité du mandat; elle est de la nature de ce contrat et non pas de son essence. Ceci constaté, on comprend que dans un certain nombre d'hypothèses, on puisse être embarrassé pour qualifier un contrat par lequel une personne aura chargé une autre de faire quelque chose moyennant un certain salaire. S'agira-t-il d'un mandat salarié ou d'un louage d'ouvrage (art. 1710)?

204 *bis*. II. Quand on cherche à reconnaître si un contrat est un mandat ou un louage d'ouvrage, il y a d'abord un point absolument certain, c'est que si le contrat est gratuit, il ne saurait être un louage, puisque ce contrat est essentiellement intéressé de part et d'autre. Voilà un premier trait caractéristique.

En voici un second : toutes les fois que la chose à faire impliquera le pouvoir de faire un acte juridique, le contrat sera un mandat, parce qu'il contiendra en soi une procuration et que, d'après l'article 1984, l'acceptation de la procuration forme le mandat.

(1) V. t. V, n° 29 *bis* et 33 *bis*. I-III.

Enfin, quand il s'agit d'accomplir un acte juridique qui n'exige pas un pouvoir donné à celui qui l'accomplit, comme dans le cas où une personne prie une autre de se porter caution pour elle ou de prêter de l'argent à une autre. Le contrat sera encore un mandat, car l'acte à accomplir ne consiste pas dans un certain travail matériel ou intellectuel, ce n'est pas un ouvrage qu'on demande, et le louage que nous rapprochons du mandat est exclusivement un louage d'ouvrage (art. 1708, 1710, 1711 et 1779).

204 *bis*. III. La difficulté se concentre donc sur les conventions relatives à un certain travail salarié, n'impliquant pas l'idée d'un pouvoir donné à celui qui fait le travail. Dans cette catégorie d'actes, il en est encore un grand nombre qu'il faut mettre hors de discussion. Ce sont les actes accomplis, moyennant un salaire, par les personnes que la loi appelle domestiques et ouvriers (art. 1780), voituriers par terre et par eau (art. 1782), entrepreneurs d'ouvrages (art. 1779-3°, 1787 et s.), capitaines de navires et matelots (art. 250, C. Com.). Les salaires de ces diverses personnes sont expressément qualifiés de loyers.

204 *bis*. IV. Le champ de la difficulté se restreint donc beaucoup, puisqu'il ne comprend plus les contrats qui auront pour objet des travaux matériels. Restent donc ceux dans lesquels une personne s'oblige à faire un certain travail intellectuel. En principe, nous admettrons que l'obligation contractée de faire, moyennant une rémunération, un certain travail littéraire, scientifique ou artistique, et généralement tout travail intellectuel, est une obligation résultant d'un contrat de louage; l'article 1710 donne en effet, du contrat de louage d'ouvrage, la définition la plus compréhensive; il s'agit de faire *quelque chose*, et rien n'y indique, dans la pensée du législateur, l'intention de distinguer selon la nature du travail à accomplir.

204 *bis*. V. Où serait d'ailleurs la base d'une distinction? Dans le caractère matériel ou intellectuel de l'œuvre à faire? la délimitation présenterait des difficultés; le travail le plus vulgairement matériel demande toujours une certaine intelligence, et il est bien peu de travaux intellectuels qui ne supposent un acte matériel. L'ouvrier proprement dit, pour lequel nous n'avons pas admis de doute à cause des textes du Code civil, est souvent presque un artiste ou un savant; il fait des œuvres de goût qui rappellent le dessinateur; il dirige et répare des machines, il sait la mécanique; il fait des teintures, c'est un chimiste. Le matelot n'est pas seulement un homme de

peine, il connaît l'art difficile de la navigation; le capitaine a besoin d'une véritable science, et dans certaines circonstances, il montre un courage et un dévouement égal à ceux des plus courageux et des plus dévoués.

204 *bis.* VI. Dans une situation intermédiaire, les commis, les clercs, les secrétaires, peuvent être de simples travailleurs manuels rangeant des marchandises, les pesant et les enveloppant, ou faisant des courses et des copies; mais l'intelligence n'a-t-elle pas toujours une place nécessaire, surtout si le commis ou le clerc est en rapport avec le public, s'il tient la comptabilité, si le secrétaire prépare et quelquefois accomplit lui-même des travaux littéraires ou scientifiques?

En sens inverse, le travail matériel a une certaine part dans l'œuvre de l'artiste; peintre, sculpteur, comédien; du savant, chimiste, calculateur, astronome; du professeur; de l'homme de lettres lui-même, surtout quand, descendant de plusieurs degrés dans l'échelle des littérateurs, il deviendra compilaiteur.

204 *bis.* VII. La distinction ne peut donc pas avoir pour base le caractère matériel ou intellectuel du travail, elle ne peut pas non plus se rattacher à une différence que signale Pothier, entre les travaux qui ont une valeur inestimable ou inappréciable en argent (1), si bien qu'après le paiement de l'honoraire promis, celui qui a payé n'est pas encore quitte de la reconnaissance qu'il doit pour le service. Pothier cite les services rendus par des avocats, des médecins, des maîtres de grammaire, de philosophie, de mathématiques.

204 *bis.* VIII. Cette distinction est encore moins nette que la précédente, car elle pose en principe que, dans les cas cités, une reconnaissance spéciale est toujours due par celui qui a reçu les services. Or, n'est-il pas clair que c'est là une question de fait et de circonstances? Si le médecin ou le professeur n'a pas eu l'occasion de faire preuve d'un dévouement exceptionnel, si ayant eu cette occasion il ne s'est pas montré particulièrement dévoué, où est le devoir de reconnaissance? Le médecin a fait quelques visites à propos d'une légère indisposition, le professeur a donné les leçons promises, peut-être sans zèle, sans intérêt, sans affection. Les visites du médecin et les leçons du professeur doivent être payées, mais

(1) V. Pothier, Mandat, nos 23, 25, 27.

pourquoi la partie ne serait-elle pas complétement libérée par ce paiement?

Le dévouement, l'affection, le courage, peuvent se rencontrer chez d'autres personnes, chez de véritables locateurs d'ouvrages, comme l'ouvrier, le matelot, le serviteur; nous avons déjà parlé du capitaine de navire. Pothier reconnaît ce fait qui fait brèche à son système (1), et il essaie vainement de nier son importance. Il dit qu'en pareil cas la reconnaissance est due non pour les services, mais pour l'affection avec lequel ils ont été rendus; or il est certain qu'on peut dire la même chose des services de l'avocat, du médecin ou du professeur, en substituant le mot dévouement au mot affection, qui se rencontre dans Pothier et qui signifie certainement une affection dévouée.

204 *bis*. IX. Ce raisonnement détruit, comment accepter comme base d'une distinction que certains services sont inestimables en argent? Le prix de l'affection ou du dévouement est bien inappréciable, mais le prix du service envisagé en lui-même est si bien appréciable, que les personnes dont nous parlons font habituellement profession de les rendre, qu'il existe sur ce point une sorte de prix courant, que des conventions fixant la rémunération sont fréquentes, que les tribunaux condamnent les débiteurs et fixent le montant des condamnations.

204 *bis*. X. Ces distinctions n'étant pas admises, il faut reconnaître que tout contrat qui a pour objet de faire faire un certain travail moyennant un certain prix, est un contrat de louage, sauf à tenir compte de l'observation que nous avons faite plus haut, quant aux actes qui supposent un certain pouvoir donné, observation qui fait apparaître les cas où un contrat, qui suppose un travail salarié, reste néanmoins un mandat. Nous considérerons donc comme mandataires l'avoué, l'huissier, l'agréé près les tribunaux de commerce, l'agent de change, le courtier, l'homme d'affaires; nous dirons le contraire des médecins et des professeurs. Des doutes peuvent s'élever quant à l'avocat et au notaire. Nous admettrons toutefois que l'avocat est un mandataire, parce que, bien qu'il ne soit pas à proprement parler mandataire *ad litem*, qu'il n'ait pas comme l'avoué mission de faire des aveux et des offres, il n'en est pas moins le porte-paroles de la partie, il tient sa place dans un

(1) V. Pothier, n° 27.

acte juridique, puisqu'il fait ce que la partie pourrait faire elle-même en exposant ses moyens de défense, et que certainement il ne peut paraître ainsi devant la justice qu'en vertu d'une invitation de la partie qu'on peut bien appeler le pouvoir de parler pour elle.

Le notaire, quoique rédacteur d'actes, n'est pas un simple secrétaire ou copiste; comme dépositaire des minutes, il est substitué aux parties dans la mission de conserver des titres que celles-ci auraient intérêt à détenir elles-mêmes; comme rédacteur de l'acte, il reçoit souvent de la volonté des contractants le pouvoir de substituer en quelque sorte sa signature à la leur, puisque l'acte sera valable sans la signature de la partie si le notaire certifie que celle-ci a déclaré ne pas savoir ou ne pas pouvoir signer.

204 *bis*. XI. Nous devons en terminant faire remarquer que quelquefois il se fera une certaine fusion des deux contrats et qu'une convention participera à la fois du louage et du mandat. C'est ce qui arrive par rapport aux commis et préposés, qui sont liés certainement par un contrat de louage, mais qui reçoivent expressément ou tacitement le pouvoir d'engager le maître.

Il ne sera pas ordinairement difficile de distinguer quel est le contrat qui domine dans la convention mixte dont nous parlons.

204 *bis*. XII. Nous n'avons pas, comme nous le faisons d'ordinaire, indiqué l'intérêt de la question que nous venons d'examiner avant de la discuter. Nous aurions craint de décourager nos lecteurs en leur montrant d'avance quel mince intérêt pratique présente une question que les habitudes traditionnelles de la doctrine nous obligeaient à traiter avec un certain développement.

204 *bis*. XIII. Ce n'est pas, il est vrai, une simple question de mots, ce n'est pas non plus une question de validité, car aujourd'hui les qualifications des contrats sont indifférentes, quant à leur formation, à leur force obligatoire et aux actions qui les sanctionnent. C'est une question de régime; il est certaines règles spéciales au mandat qu'il ne faut pas appliquer au louage, d'autres, peut-être, relatives au louage qu'on ne doit pas étendre au mandat. Mais ces règles ne sont pas nombreuses.

204 *bis*. XIV. Ainsi nous trouvons dans le titre du mandat les articles 2001 et 2002, l'un qui fait courir de plein droit les intérêts des avances faites par le mandataire, l'autre qui établit la solidarité légale entre les personnes qui ont constitué un même mandataire pour une affaire commune. Ces deux règles sont spéciales au

mandat, et comme elles dérogent à des principes généraux posés dans les articles 1153 et 1202, elles ne régissent certainement pas le contrat de louage.

204 *bis*. XV. D'autres dispositions du titre du mandat paraissent avoir aussi un caractère spécial, mais il est moins accentué, puisque ce ne sont pas des exceptions à des règles génerales, mais plutôt de simples interprétations de conventions. Ainsi le mandat est révocable (art. 2004), il cesse par une renonciation du mandataire (art. 2003-2007), il cesse par la mort du mandant ou du mandataire (art. 2003). Toutes ces règles sont fondées sur la volonté probable des parties, rien n'empêche d'y déroger, au moins à la plupart d'entre elles, à celles qui permettent la révocation ou la renonciation, et à celle qui met fin au mandat par la mort du mandant. D'un autre côté, si nous nous plaçons en face d'un contrat de louage de service, nous voyons que la mort de celui qui a promis les services met fin au contrat (1), et qu'il en est quelquefois de même au cas de mort du stipulant (2). Quant à la faculté de renoncer au contrat soit d'un côté, soit de l'autre, on ne voit pas quelle disposition de la loi la déclarerait illicite.

204 *bis*. XVI. En dehors des conventions spéciales, on rencontre encore dans l'article 1794 une règle qui peut paraître particulière au contrat de louage : celui qui a traité à forfait avec un entrepreneur peut résilier le contrat par sa seule volonté, mais il doit indemniser l'entrepreneur de tout ce que celui-ci aurait gagné dans l'entreprise. Le mandant révoque un mandat sans être tenu à rendre autre chose que les déboursés (art. 1999 et 2000). Ce n'est là cependant qu'une différence accidentelle et non essentielle entre le louage d'ouvrage et le mandat, car on pourrait comprendre que le mandataire salarié se fît assurer le montant de son salaire pour le cas même où le mandant ne donnerait pas suite à l'affaire.

204 *bis*. XVII. Une dernière remarque : avec les larges pouvoirs d'interprétation qui appartiennent à nos juges en vertu de l'article 1156, les quelques différences qu'on peut signaler entre le mandat et le louage d'ouvrage disparaissent, puisque les tribunaux peuvent toujours décider que la volonté souveraine des parties a emprunté telle ou telle règle à l'un des contrats pour l'appliquer à l'autre, et

(1) V. art. 1795 et t. VII, n° 248. I et II.
(2) V. t. VII, n° 231 *bis*. II-VIII.

que les contractants ont ainsi formé une convention d'une nature mixte, et par conséquent nous voyons ainsi diminuer, dans une grande proportion, l'intérêt qu'il peut y avoir à décider si tel contrat intervenu entre deux parties est un louage ou un mandat.

204 *bis*. XVIII. Il reste cependant les deux différences que nous avons d'abord signalées, et qui résultent de la comparaison des articles 2001 et 2002 avec les articles 1150 et 1202. Comme la stipulation des intérêts et celle de la solidarité doivent être expresses, comme la solidarité légale ne peut être étendue et que les intérêts légaux ne courent que dans les cas déterminés, nous trouvons là deux effets du mandat qui ne peuvent être étendus au louage par une simple interprétation d'une volonté tacite.

205. Le but principal du mandat étant de charger une personne d'une affaire, c'est cette personne seule qui, au moins dans le mandat gratuit, contracte immédiatement une obligation. On ne peut donc reconnaître au mandat le caractère de contrat synallagmatique dans le sens du Code civil.

205 *bis*. Il importe surtout de savoir si le contrat est synallagmatique à raison de la règle édictée par l'article 1325. Le mandat ne doit pas être constaté par un acte double lorsque l'écrit est sous seing privé, parce que ce contrat ne donne régulièrement naissance qu'à une seule obligation, celle du mandataire; les obligations du mandant ne naissent qu'*ex post facto*, et le mandataire peut alors n'être pas en faute de n'avoir pas fait constater par écrit le contrat de mandat. Mais il nous semble que dans un cas spécial, celui où le mandat est salarié, le contrat produit nécessairement, et dès le moment de sa naissance, une double obligation et par conséquent il faut que chacune des parties garde une preuve de la créance qui est née en sa faveur, d'où nous conclurons que l'écrit sous seings privés doit être rédigé en double original.

206. L'étendue du mandat et des pouvoirs qu'il confère est entièrement abandonnée à la volonté des parties contractantes; ce n'est que par interprétation de la volonté commune que la loi règle, pour certains cas, cette étendue (art. 1987-1989).

Ainsi le mandat peut être donné spécialement pour une ou

plusieurs affaires, ou généralement pour toutes les affaires du mandant. V. art. 1987.

Mais quelque illimitée que soit la faculté de confier ses affaires à un autre, lorsque la loi ou la nature des choses ne s'y oppose point, ce n'est pas une raison pour qu'on soit facilement supposé avoir voulu tout ce que l on pouvait faire. Ainsi la loi, qui suppose difficilement qu'un propriétaire ait voulu remettre à autrui la faculté de disposer de sa chose, ne fait pas résulter ce pouvoir d'un mandat conçu en termes généraux. Elle juge avec raison que la généralité des termes ne s'appliquait, dans la pensée des parties, qu'aux actes d'administration; quant à l'aliénation, l'hypothèque ou tout autre acte de propriété, elle veut un pouvoir exprès. V. art. 1988.

A plus forte raison, quand le mandat est spécial, n'est-il pas permis de conclure *à pari* de la collation d'un pouvoir à la collation d'un autre; la loi ne veut pas même que l'on conclue *à fortiori* du pouvoir de transiger celui de compromettre. V. art. 1989. Remarquons toutefois que ce qui est dépendance de l'affaire confiée au mandataire entre nécessairement dans son mandat (v., à sujet, art. 1372).

207. La latitude accordée par la loi pour l'étendue à donner au mandat n'est pas moindre pour le choix du mandataire. L'incapacité de celui-ci doit bien avoir pour effet de le soustraire, plus ou moins complétement, aux obligations du contrat de mandat; mais elle ne peut nullement influer sur la validité des pouvoirs que la volonté du mandat, juge de son propre intérêt, lui a confiés. Appliquant cette double proposition, la loi déclare, d'abord, que les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; quant à l'action du mandat contre eux, elle en subordonne l'effet au droit commun sur les engagements de ces personnes : à cet égard, elle renvoie, pour les mineurs, aux règles générales relatives à leurs obligations (v. art. 1124, 1125, 1305 et suivants); en ce qui concerne les femmes mariées non auto-

risées, la loi, reconnaissant apparemment que la validité de leurs engagements peut dépendre du régime sous lequel elles sont mariées, se réfère au titre du contrat de mariage, qui contient les règles particulières aux divers régimes. V. art. 1990.

207 *bis*. I. Le mandant est certainement maître de charger de son affaire une personne incapable. Il le fait à ses risques et périls, et il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si le mandataire ne défend pas bien ses intérêts. Telle est la raison de l'article 1990, et cette raison nous montre quelle latitude il faut donner à la disposition de cet article. Au point de vue de la représentation du mandant par le mandataire, dans les rapports, notamment, avec les tiers, tout incapable peut recevoir un mandat; pourvu que les actes qu'il accomplit émane d'une volonté intelligente, ces actes doivent être valables nonobstant l'incapacité de leur auteur, car cette incapacité est une protection pour l'incapable et non pas pour les tiers; or, le mandant qui supporte seul les conséquences de l'acte de son mandataire est un de ces tiers que ne protége pas la règle d'incapacité. Ces considérations sont tirées de principes qui n'ont rien de spécial aux mineurs émancipés et aux femmes mariées; dès lors la disposition de l'article doit être généralisée et appliquée par exemple à tous les mineurs.

207 *bis*. II. On peut alors s'étonner de voir le Code civil restreindre en apparence une règle qui a une raison d'être aussi générale. La raison de cette restriction est peut-être la rareté probable des mandats donnés aux incapables dont nous parlons, mineurs non émancipés et interdits. La loi n'a vu que les hypothèses pratiques. On peut ajouter que le but de l'article n'a pas été de proclamer l'aptitude des incapables à recevoir un mandat, mais d'éviter quant aux incapables qui jouissent d'une capacité relative, au point de vue par exemple de l'administration, qu'on pût jamais considérer l'acceptation d'un mandat comme un acte d'administration, valable par conséquent à tout événement. L'article n'aurait donc pas eu en vue la théorie générale, mais un point spécial de cette théorie en tant qu'elle s'applique aux deux incapables auxquels ses rédacteurs ont songé.

207 *bis*. III. Si le mandataire incapable peut engager son mandant envers des tiers, il ne peut pas au contraire s'obliger lui-même

soit envers le mandant, soit envers les tiers. En ce qui le concerne, les engagements qu'il aurait pris seraient nuls dans les conditions où le Code civil établit la nullité de ses actes. Ainsi, quand le mandataire est un interdit, ses engagements sont nuls de droit (art. 502); si c'est une femme non autorisée, ils sont annulables, alors même que le contrat de mariage lui donnerait le pouvoir d'administration, car les actes accomplis pour un mandat ne sont pas des actes d'administration de la fortune du mandataire. Pour le mineur émancipé, nous ferons la même observation; alors même qu'il s'agirait d'actes qui de leur nature sont actes d'administration, ils seraient annulables parce que la capacité du mineur émancipé est restreinte aux actes d'administration de son patrimoine. Pour ceux-là, comme pour tous les autres actes, et pour tous les actes du mineur non émancipé, il y aura lieu à les annuler, pourvu qu'on démontre la lésion. Or la lésion résultera toujours nécessairement des actes du mandataire incapable, puisqu'il se sera engagé sans avoir intérêt à l'affaire, et quand il aura donné ses soins à une administration sans contracter d'engagements, il serait lésé si l'on prétendait le poursuivre en dommages et intérêts à l'occasion de quelque faute ou négligence dans cette administration.

Il faudrait toujours, cependant, réserver les cas de dol, car l'incapable est toujours responsable du dol; il faudra aussi l'obliger à restituer tout ce dont il se sera enrichi (art. 1310 et 1312).

207 *bis*. IV. La loi ne s'est pas expliquée sur la capacité requise en la personne du mandant, mais il est clair que le mandant doit être capable de faire les actes dont il charge le mandataire. La capacité de donner mandat sera soumise aux règles régissant la capacité de faire les actes qui seront l'objet du mandat.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

208. Le mandataire est tenu de trois obligations principales : il doit : 1° accomplir le mandat; 2° y donner le soin convenable; 3° rendre compte de sa gestion et remettre au mandant tout ce qu'il en retient.

209. La première obligation du mandataire, c'est d'accomplir le mandat, c'est-à-dire de terminer entièrement l'affaire qui en fait l'objet, avec toutes ses dépendances nécessaires; faute de quoi il est, comme de raison, passible de dommages-intérêts (bien entendu s'il y a lieu). Au reste, cette obligation ne dure que tant qu'il demeure chargé du mandat, qui peut, comme nous le verrons, finir de diverses manières, et notamment, sous certaines conditions, par la renonciation du mandataire (art. 2007). V. art. 1991, al. 1; et à ce sujet, art. 1372.

Quoique la mort du mandant soit une des manières dont finit le mandat (art. 2003), elle ne fait pourtant pas cesser l'obligation d'achever la chose commencée; c'est là, au surplus, un devoir imposé au mandataire par un principe d'équité, plutôt qu'une obligation dérivant directement du contrat. Aussi le devoir se borne-t-il au cas de péril en la demeure. V. art. 1991, al. dernier; et à ce sujet, art. 1373.

210. La seconde obligation du mandataire, c'est de donner à l'affaire qui lui est confiée le soin convenable. A cet égard, il est tenu plus strictement que le dépositaire, qui ne doit que de la fidélité, parce que la garde dont il est chargé n'exige pas autre chose. Mais la gestion d'une affaire demande une certaine diligence que le mandataire est censé promettre en se chargeant de cette gestion. Le mandataire répond donc non-seulement de son dol, mais même de ses fautes, qui consisteraient en général à ne pas donner les soins d'un bon père de famille. Cette règle s'appliquera également au mandat gratuit et au mandat salarié; mais, conformément à la théorie reçue (v. *Ulp.*, L. 5, § 2, D. *commod.*), elle s'appliquera plus rigoureusement au mandat salarié qu'au mandat gratuit. V. art. 1992.

210 *bis*. La responsabilité du mandataire à raison des fautes par lui commises ne saurait être amoindrie parce qu'il aurait, par son habileté et sa diligence, procuré des bénéfices au mandant. Il y a lieu d'appliquer ici la règle contenue dans l'article 1850 en matière de société. De même que l'associé doit procurer par son industrie

tous les bénéfices possibles à la société, de même le mandataire pour les affaires qui rentrent dans son mandat, et nous ne parlons que de celles-là, doit donner tous ses soins pour que le mandant réalise des bénéfices, et ce n'est pas en accomplissant ce devoir par rapport à une certaine affaire qu'il peut se dégager de la faute qu'il a commise en en négligeant une autre. Il devait faire ses efforts pour faire réussir les deux opérations; le succès de l'une ne l'excuse pas d'avoir négligé l'autre (1).

211. La troisième obligation du mandataire est celle de rendre compte de sa gestion; ce qui emporte ensuite obligation de payer ou restituer tout ce qui lui est parvenu par suite du mandat, et généralement tout ce qu'il peut devoir, à ce titre, au mandat, sous la déduction de ses dépenses ou autres causes de répétition.

L'obligation de rendre compte, généralement applicable à ceux qui administrent pour autrui, est imposée, comme de raison, à tout mandataire.

Dans ce compte, le mandataire doit surtout faire raison, c'est-à-dire se charger en recette, de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration. A cet égard, il n'y a pas même lieu d'examiner si ce qui a été reçu était ou non dû au mandant (v. à ce sujet *Paul,* L. 23. D. *de negot. gest.*); en effet, le mandataire qui a reçu pour lui n'a nullement qualité pour soulever cette question, qui, s'il y a lieu, s'agitera entre le mandant et la personne qui a fait le paiement. V. art. 1993; et remarquez qu'en consacrant d'une manière plus spéciale l'obligation de faire raison de toutes les recettes effectives, le législateur n'entend point exclure celle de faire également raison des recettes que le mandataire aurait manqué de faire, et de toutes les indemnités qu'il peut devoir.

211 *bis*. I. L'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence du mandat. La convention des parties pourrait en dispenser le mandataire. Le mandant, maître de ses droits, peut bien les compromettre en s'abandonnant absolument à la bonne foi du mandataire. Il n'en aura pas moins du reste l'action de mandat, pour exiger

(1) V. Pothier, n° 52.

l'exécution. De plus, la dispense du compte n'implique pas donation des choses que le mandataire a reçues du mandant et des valeurs qu'il a perçues pour lui; par conséquent le mandant pourra toujours revendiquer les choses qui lui appartiennent, et l'article 2279 n'y fera point obstacle, car le mandataire ne sera pas possesseur de ces choses; et pour les quantités qui ont passé par les mains du mandataire, le mandant pourra toujours, sinon demander un compte, c'est-à-dire une justification des dépenses faites, mettre le mandataire en demeure de déclarer quel est l'excédent des recettes sur les dépenses et exiger la restitution de l'excédent reconnu par le mandataire.

Si, au cas de dispense du compte, le mandataire se prétend créancier, les dépenses ayant excédé les recettes, il faudra bien, après que le mandant aura prouvé qu'il a mis telles ou telles valeurs entre les mains du mandataire, que celui-ci justifie qu'il a fait des dépenses supérieures, car la dispense du compte n'est pas l'abandon de cette règle que celui qui se prétend créancier doit prouver sa créance, c'est seulement une garantie, une assurance de tranquillité donnée au mandataire. Elle vise le mandataire défendeur et non pas demandeur. S'il en était autrement, il arriverait qu'un mandataire dispensé de rendre compte pourrait, par sa seule déclaration, se constituer créancier de sommes énormes, hors de proportion avec celles qu'il peut être supposé avoir avancées.

Notre solution sur la dispense de rendre compte ne présente, il faut le remarquer, de danger que pour le mandant seul; ses héritiers n'ont rien à craindre pour des actes de gestion postérieurs au décès de leur auteur, puisque le mandat finit par la mort du mandant.

211 *bis*. II. Quand l'article 1994 dit que le mandataire doit faire raison de ce qu'il a reçu, cela implique que pour les sommes ou généralement pour les quantités reçues, il doit les porter en recettes, et que naturellement elles se compensent par une balance avec les dépenses. Il n'en est pas ainsi quand ces choses reçues sont des corps certains, le mandant en est propriétaire, il a droit d'en exiger la restitution en nature, et il ne peut être question de compensation. Seulement le mandant est exposé à voir le mandataire conserver la détention de ces objets jusqu'au paiement de ce qui peut lui être dû pour ses avances. Ce droit, qu'on appelle droit de rétention, l'article 1948 l'accorde spécialement au dépositaire, et nous l'attri-

buons au mandataire, par application d'une théorie générale que nous avons exposée au tome IX (1).

212. Le compte du mandataire n'embrasse pas seulement sa propre gestion, il s'applique également à celle du tiers qu'il se serait substitué sous sa responsablité.

Cette responsabilité, au reste, s'applique diversement à deux cas : 1° lorsque le mandataire n'a pas reçu le pouvoir général de se substituer quelqu'un; il est clair que s'il le fait, c'est entièrement à ses risques et périls, et qu'il doit répondre du fait du substitué comme du sien propre; 2° lorsqu'il a reçu ce pouvoir général, mais sans désignation de personne; il ne doit alors répondre que du mauvais choix qu'il aura fait, et ce choix n'engage sa responsabilité qu'autant qu'il aurait porté sur une personne notoirement incapable ou insolvable. V. art. 1994, al. 1.

Dans le cas où le mandataire est responsable du fait du substitué, c'est contre lui seul que le mandant semblerait avoir action, sauf à lui à intenter la sienne contre le substitué, son propre mandataire; mais le motif qui, dans d'autres cas déjà expliqués, autorise certains créanciers à agir directement contre le débiteur de leur débiteur, s'appliquant ici, la loi permet toujours au mandant d'agir directement contre le substitué. V. art. 1994, al. dernier, et à ce sujet, art. 1753, 1798; C. Pr., art. 820.

212 *bis*. I. En décidant que dans certains cas le mandataire sera responsable de la personne qu'il se sera substituée dans sa gestion, le Code civil néglige d'examiner en principe le point de savoir si le mandataire a le droit de se substituer un sous-mandataire.

Dire, en effet, que le mandataire répond du substitué quand il n'avait pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, ce n'est pas reconnaître que le mandataire avait le droit de faire ce qu'il a fait; on l'a prétendu toutefois, en interprétant l'article 1994, 1er alin., comme s'il déclarait que le sous-mandataire oblige le mandant dans l'hypothèse qu'il prévoit, et, partant de cette décision qu'en prête à l'article, on a conclu que le mandataire n'avait pas excédé les bornes de son

(1) V. t. IX, n° 2 *bis*. I-VI.

mandat en conférant un sous-mandat, ce qui implique que le mandat donné sans explication comprend tacitement le pouvoir de donner un sous-mandat (1).

212 *bis*. II. Cette argumentation repose, il nous semble, sur une confusion. Rien, dans l'article, n'a trait aux pouvoirs du sous-mandataire. Il n'y est question que de la responsabilité du mandataire par rapport aux actes de son substitué, qui causeraient préjudice au mandant. Or, les actes par lesquels le mandataire peut nuire au mandant sont de deux natures : actes portant un préjudice matériel; actes entraînant un préjudice juridique. Les premiers sont, par exemple, des actes de négligence dans l'administration de la chose confiée au mandataire, on aura mal entretenu les biens qu'il s'agissait d'administré, mal fermé une maison, et des voleurs l'auront pillée ; les autres sont des opérations juridiques, des contrats faits au nom du mandant et qui lui sont désavantageux. Quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur la valeur du sous-mandat, les préjudices matériels sont des faits accomplis, et la loi a dû donner une solution sur le point de savoir à qui en incomberait la responsabilité. Alors même qu'elle admettrait que le sous-mandat n'a pas de valeur, il est tout naturel qu'elle songe à la responsabilité d'un préjudice qui en est résulté en fait. Mais cette solution n'implique pas que le sous-mandataire a pu obliger le mandant, parce que si les actes juridiques par lui accomplis n'ont pas d'effets contre le mandant, il n'y a pas préjudice causé et pas de responsabilité pour le mandataire. L'argument tiré de l'article 1994-1° ne pourrait avoir de force que si l'on ne pouvait pas concevoir d'autre préjudice que celui qui résulterait des contrats faits par le sous-mandataire. Si au contraire ses actes matériels peuvent avoir nui au mandant, cela suffit pour expliquer l'article, sans qu'on soit obligé d'y trouver une décision relative à des obligations que le substitué du mandataire imposerait au mandant. Ce qui prouve surabondamment que le Code n'a pas entendu donner par l'article 1994 pouvoir au mandataire de se substituer quelqu'un, c'est que cet article n'a pas réservé le cas où le mandat contiendrait une défense expresse de déléguer un sous-mandataire. Or, il paraît bien impossible d'admettre qu'en pareil cas le sous-mandataire obligera le mandant envers les tiers. Mais ce qu'on reconnaîtra certainement, c'est que dans ce cas le mandataire répondra des pré-

(1) V. Aubry et Rau, t. III p. 467, n° 15. Édit. 1856.

judices matériels causés par son substitué. Ce cas se trouve compris dans le texte de l'article, car il est certainement un de ceux où le mandataire n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. En écrivant une formule qui embrasse ces deux hypothèses si dissemblables au point de vue de l'obligation envers les tiers, la loi n'a-t-elle pas montré qu'elle n'envisageait qu'une autre face de la question, celle qui est relative à la responsabilité des dommages matériels ?

212 *bis*. III. Quant à la question des pouvoirs, il semble qu'elle est facilement résolue, quand on recherche quelle doit avoir été l'intention du mandant. Nous laissons, bien entendu, le cas où le mandat défend expressément la substitution d'un sous-mandataire au mandataire. Nous raisonnons sur le cas où le mandat est muet sur cette question. Alors il nous paraît évident, comme il le paraissait à Pothier, que tout dépend de la nature de l'affaire dont le mandant a chargé son mandataire. Si elle suppose une habileté, un talent, une science personnelle, il faut bien admettre que le mandant a choisi son mandataire pour sa personne, son caractère et son talent, que le mandataire de son côté a promis son action propre, que dès lors la faculté pour le mandataire de se substituer quelqu'un n'a pas été admise dans la convention. Pothier cite pour exemple le cas où une personne donne à un jurisconsulte renommé le pouvoir de la représenter dans une transaction. N'est-il pas clair que le mandant a compté sur la connaissance des affaires, sur la science du droit, sur le talent de discussion de la personne qu'il choisissait, et que c'est sortir des termes du contrat et compromettre les intérêts de ce mandant que de confier à une autre personne le droit de prendre part à la transaction? Mais si l'affaire ne demande pas une habileté particulière, si l'on ne peut supposer que le mandant aurait pu choisir toute autre personne, il n'y a plus de raison pour refuser au mandataire le droit de se faire remplacer. L'exemple de Pothier suppose une personne chargée d'acheter un livre chez un libraire, nous pourrions supposer une opération plus importante, comme l'achat dans une adjudication aux enchères, moyennant que le maximum du prix d'achat a été fixé dans le mandat (1).

212 *bis*. IV. Le mandat n'emporte donc pas par lui-même, et dans tous les cas, autorisation pour le mandataire de choisir un sous-mandataire, mais ce choix, s'il a eu lieu, est toujours pour ce mandataire

(1) V. Pothier, *Mandat*, n° 99.

une source de responsabilité. S'il n'avait pas le pouvoir de le faire, la responsabilité découle de la faute qu'il a commise en sortant des limites de son mandat, et elle pèse sur lui, quelle que soit la personne choisie; s'il avait le pouvoir, la responsabilité n'existe pas, quand il a sagement choisi son représentant, ou quand ce représentant éventuel a été spécialement indiqué dans la convention de mandat. Elle existe au contraire quand il a fait un mauvais choix, quand il s'est substitué une personne notoirement incapable de faire l'affaire ou notoirement insolvable. Dans ces cas, il n'est pas sorti des limites de ses pouvoirs, mais il en a mal usé, il a commis une de ces fautes dans la gestion dont l'article 1992 le déclare responsable.

212 *bis*. V. Quand le mandataire est responsable des faits de son substitué, le mandant peut poursuivre indifféremment le mandataire ou le substitué. C'est la décision de l'article 1994, 2e al. Elle peut tout d'abord paraître quelque peu exceptionnelle, car il semblerait que le mandant ne doive avoir d'action que contre le mandataire, la seule personne avec qui il a contracté, et que le substitué ne soit exposé qu'à un recours de la part du mandataire. Cet aperçu nous semble inexact, au moins dans tous les cas où nous trouvons que le mandataire avait un pouvoir exprès ou tacite de choisir un sous-mandataire. Dans ces hypothèses, le mandataire a mandat de donner mandat au substitué, il lui donne ce mandat au nom du mandant primitif, et par conséquent c'est comme si celui-ci faisait directement un contrat du mandat avec celui que nous appelons le substitué.

212 *bis*. VI. Nous ne pouvons pas faire ce raisonnement quand le mandataire a outre-passé ses pouvoirs en les déléguant à un substitué. Mais nous n'en reconnaîtrons pas moins un rapport de droit direct entre le mandant primitif et le substitué. Celui-ci devait connaître le vice de ses pouvoirs, savoir que le mandataire n'avait pas le droit de le prendre pour remplaçant; en s'immisçant sans droit dans les affaires du mandant, il s'est rendu coupable d'une faute envers lui, et l'action de celui-ci est une action directe fondée sur l'article 1382 du Code civil.

212 *bis*. VII. Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, le mandant a l'avantage d'exercer un droit propre, ce qui ne l'exposera pas aux exceptions qu'on pourrait lui opposer du chef du mandataire, s'il exerçait simplement, en vertu de l'article

1166, le recours appartenant à celui-ci, et ce qui le met hors du concours qui s'établirait entre lui et les créanciers du mandataire, s'il ne s'appuyait que sur ce dernier article.

213. De même que le mandataire répond du fait de son substitué parce que ce fait lui est imputable, il semble également qu'au cas où plusieurs mandataires sont chargés de la même affaire, ils devraient répondre du fait les uns des autres, en tant que le fait de l'un pourrait être imputé au défaut de surveillance de l'autre. Aussi tenait-on autrefois qu'il y avait solidarité entre eux (v. *Scæv.*, L. 60, § 2, D. *mand.*). Quoi qu'il en soit, la loi rejette cette doctrine, et n'admet la solidarité entre les fondés de pouvoir ou mandataires constitués par le même acte qu'autant qu'elle serait exprimée. V. art. 1995.

213 *bis*. I. Pothier admettait la solidarité des mandataires (1); le Code civil la repousse par application de son article 1202. Il semble exiger, pour qu'il en soit ainsi, que les mandataires aient été constitués par le même acte. Cependant, la non-solidarité est encore plus évidente au cas où les divers mandats ont été donnés dans des actes distincts, et la pensée de l'article doit être que sa décision s'applique *même* au cas où les mandataires ont été établis par le même acte.

213 *bis*. II. Un point peut paraître douteux sur la réglementation de l'espèce supposée par l'article 1995; plusieurs mandataires ont été constitués pour la même affaire sans que les attributions aient été réparties entre eux; faut-il entendre que leur concours sera nécessaire pour faire un acte quelconque, ou bien chacun d'eux pourra-t-il agir à défaut des autres? C'est une question qui est tranchée par l'article 1033, à propos du mandat spécial qu'on appelle l'exécution testamentaire; un seul peut agir à défaut des autres. Mais il est difficile de généraliser d'une manière absolue l'article 1033, il faudra considérer la nature de l'affaire, et d'après cette nature, il faut découvrir la pensée du mandant. Il y a telle affaire difficile pour laquelle le mandant aura entendu que les mandataires devaient se concerter pour décider avec plus de ma-

(1) V. Pothier, *Mandat*, n° 63.

torité; telle autre sera par exemple une administration, une surveillance, et la pluralité des mandataires montre seulement que le mandant a pris des précautions pour que rien ne fût oublié ni négligé, sans que chacune des opérations à accomplir demandât une véritable délibération (1).

214. L'obligation de faire raison de tout ce que le mandataire a reçu en vertu de sa procuration, comprend évidemment les intérêts des sommes placées par lui pour le mandant; la loi n'a pas eu besoin de s'en expliquer; mais, en outre, le mandataire ne pouvant, sans les détourner de leur destination, employer à son profit personnel les sommes appartenant au mandant, la loi le rend également débiteur, c'est-à-dire comptable, des intérêts, à dater de cet emploi. Hors ces cas, il ne doit pas, en général, d'intérêts jusqu'à la reddition du compte. Mais si par l'événement du compte il est reliquataire, les sommes qui composent ce reliquat deviennent, quelle que soit leur origine (v. à ce sujet art. 1154, 1155), susceptibles d'en produire. Toutefois la loi ne les fait courir que du jour de la mise en demeure. V. article 1996.

214 *bis*. I. Les sommes qui constituent le reliquat du compte produisent des intérêts à partir de la mise en demeure. On serait tenté de croire qu'il s'agit là de la mise en demeure spéciale aux obligations de sommes d'argent, c'est-à-dire la demande en justice (art. 1153). Cependant, cette interprétation s'éloignerait un peu trop du texte, car l'expression mise en demeure a un sens précis déterminé par l'article 1139, de plus l'article 1153 ne qualifie pas ainsi la citation en justice. Il vaut donc mieux s'en tenir à la disposition littérale de la loi et voir ici une exception à la règle de l'article 1153. Cette exception n'est pas la seule, nous en avons trouvé une dans l'article 1652 (2); celle de l'article 1996 se justifierait par une sorte de présomption; le législateur suppose que le mandataire qui n'obéit pas à l'acte de mise en demeure n'a pas les fonds à sa disposition, donc qu'il les a employés à son usage, et par application de la première disposition de l'article, elle le soumet au paiement des intérêts.

(1) V. Pothier. *Mandat*, n° 99.
(2) V. t. VII, n° 97 *bis*. IV.

214 *bis*. II. Les principes du mandat nous conduisent encore à des solutions qui ne découleraient pas de l'article 1153. Ainsi, nous dirons que le mandataire général chargé de régir l'ensemble d'un patrimoine, pourra être condamné, sans mise en demeure, aux intérêts des sommes qu'il aurait dû placer et qu'il a conservées improductives, alors même qu'il serait certain qu'il ne les a pas employées à son usage personnel : par exemple, s'il les a déposées à la Banque de France ou chez un notaire. Sa faute alors n'est pas celle d'un débiteur de somme d'argent qui tarde trop à se libérer, c'est une faute d'administration, c'est un des griefs sur lesquels s'appuie l'action en responsabilité pour mauvaise gestion. Il serait certainement responsable s'il n'exigeait pas les sommes dues au mandant, et le préjudice éprouvé consisterait, en admettant la solvabilité du débiteur, dans la privation de la jouissance de ces sommes; en quoi cette hypothèse diffère-t-elle sensiblement de celle que nous examinons?

214 *bis*. III. Nous raisonnerons de même sur une hypothèse voisine. Le mandataire néglige d'employer les sommes qu'il a à sa disposition pour payer une dette du mandant, celui-ci est poursuivi et saisi à la requête du créancier. Le préjudice résultant de la saisie peut être supérieur à l'intérêt légal de la somme retenue par le mandataire. Nous admettons que celui-ci doit des dommages et intérêts supérieurs à l'intérêt légal. Les motifs de notre décision sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente. Il ne s'agit pas simplement d'un retard, ni du fait d'un mandataire qui se procure injustement la jouissance d'un capital, il s'agit d'une faute dans la gestion, et l'action en indemnité est fondée non sur l'article 1153 ou sur l'article 1996, mais sur l'article 1992.

215. Quoiqu'il n'y ait vraiment rien de commun entre les obligations que le contrat de mandat impose au mandataire envers son mandant, et celles qui peuvent résulter des contrats passés par lui avec les tiers, en exécution du mandat, la loi cependant place ici une disposition tendant à déterminer les cas où ces contrats obligeront le mandataire envers les tiers. Pour bien comprendre cette disposition, il faut savoir d'abord que, dans notre droit, le mandataire qui contracte en cette qualité, au nom du mandant, oblige celui-ci, et ne s'oblige lui-même qu'autant qu'il s'y soumet spécialement;

mais bien entendu que, pour obliger ainsi le mandant, il faut que le mandataire se soit renfermé dans les limites de ses pouvoirs. S'il les excède à l'insu du tiers, qui contracte avec lui dans la confiance inspirée par la qualité qu'il prend, il est juste qu'il demeure garant envers celui-ci. Mais cette raison ne s'applique plus lorsque le mandataire a donné suffisante connaissance de ses pouvoirs : le tiers, alors, doit s'imputer d'avoir contracté avec un représentant sans pouvoirs; et comme ce n'est toujours qu'en cette qualité de représentant que le mandataire a contracté, il ne sera garant, pour ce qui a été fait au delà des pouvoirs, comme pour ce qui aurait été fait dans leurs limites, qu'autant qu'il se serait personnellement soumis à cette garantie. V. art. 1997.

215 *bis*. Nous avons appliqué, au titre du contrat de mariage sur l'article 1560, la règle de l'article 1997, au mari qui aliène le bien dotal de sa femme ne le présentant pas comme sien, mais comme bien de sa femme. Il agit alors comme mandataire, il outre-passe ses pouvoirs, mais il ne doit pas garantie au tiers acquéreur, parce que celui-ci avait une connaissance suffisante de l'étendue des pouvoirs du mari, ces pouvoirs étaient délimités par la loi elle-même (1). Cette décision veut être généralisée et étendue aux actes de tous les administrateurs dont les pouvoirs sont déterminés par la loi.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

216. Sous cet intitulé la loi comprend deux idées fort distinctes, et qui se rattachent à des principes entièrement différents, savoir : les obligations du mandant envers le mandataire; et celles dont il est tenu envers les tiers, par l'effet du mandat qu'il a donné.

(1) V. t. VI, n° 222 *bis*. XVIII.

217. Quoique les contrats n'aient, en général, d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165), le mandat, à cause des pouvoirs qu'il renferme, a pour effet particulier d'obliger le mandant envers les tiers à l'exécution des engagements contractés par le mandataire, pourvu qu'ils l'aient été conformément au pouvoir qui a été donné. Alors, en effet, si c'est au nom du mandant que le contrat a été fait, c'est lui-même qui est censé avoir contracté par le ministère d'un autre, ce que notre droit ne défend pas; et quand le mandataire aurait contracté en son nom propre, il suffit qu'il l'ait fait par l'ordre du mandant et pour son compte, pour que, bannissant toute subtilité, on autorise à agir directement contre celui-ci (v. à ce sujet *Just.*, Inst., § 8, *quod cum eo*). V. art. 1998, al. 1 : et remarquez que si le mandataire a contracté en son propre nom, c'est lui qui est alors principalement tenu, sauf son recours contre son mandant. Sous ce rapport, il est lui-même intéressé à ce que les engagements qu'il a pris soient exécutés par celui-ci à sa décharge; alors le mandant est tenu, envers lui aussi, à cette exécution. Ce résultat, comme le précédent, est compris dans les expressions générales de notre article.

Sous quelque point de vue qu'on envisage la chose, ce n'est toujours que dans les limites du pouvoir donné que le mandant est tenu à l'exécution; car pour l'excédant, il n'y a pas mandat. Toutefois, la volonté postérieure réparant parfaitement le défaut de volonté au moment de l'acte, et la ratification dès lors équivalant à mandat, cette ratification couvrirait l'excès de pouvoir; mais ce n'est qu'à elle qu'est attribué cet effet (v. pourtant art. 1375). Du reste, la ratification peut être expresse ou tacite. V. art. 1998, al. 2.

217 *bis*. I. La loi envisage d'abord la situation du mandant dans ses rapports avec les tiers; il s'agit évidemment des tiers qui ont contracté ou fait quelque autre acte juridique avec le mandataire agissant pour le mandant. Quels sont les effets de ces actes par rapport au mandant, et notamment, s'il s'agit de contrats, le mandant est-il obligé par le fait de son mandataire?

217 *bis*. II. La loi suppose que le mandataire a agi conformément au pouvoir qu'il avait reçu, mais il peut avoir agi de deux façons : 1° il peut avoir contracté au nom du mandant; 2° il peut avoir agi en son nom propre.

Dans le premier cas, le mandataire s'est présenté comme le remplaçant du mandant, il agissait en son lieu, il n'indiquait pas qu'il consentait s'engager lui-même, il a engagé le mandant, et il n'a engagé que celui-ci. Le tiers ne peut pas se plaindre, on ne lui a pas offert un autre débiteur que le mandant, et il l'a accepté.

217 *bis*. III. Dans le second cas, le mandataire s'est présenté personnellement comme contractant; si le contrat entraîne de son côté une obligation, il a joué le rôle d'un promettant, le tiers peut même avoir ignoré qu'il faisait l'affaire dans l'intérêt et sur l'ordre d'autrui, donc le madataire est devenu débiteur. Seulement, comme il a l'action de mandat pour être indemnisé de l'obligation qu'il a contractée, la pratique ancienne, qui remonte jusqu'aux Romains, a admis dans l'intérêt même du mandataire et pour simplifier la situation, que le créancier pourrait agir *recta via* contre le mandant. Pothier explique que le mandataire est devenu débiteur principal, mais qu'il oblige conjointement avec lui son mandant, qui est censé accéder à l'obligation. Nous pouvons expliquer ainsi la décision que nous donnons, en faisant remarquer toutefois que Pothier emploie dans un sens non juridique le mot *conjointement,* car l'obligation conjointe ne lie chaque débiteur que pour sa part, et certainement dans l'espèce que nous examinons le mandant et le mandataire pourraient être poursuivis chacun pour le tort. Ce que Pothier fait du reste remarquer, en rapprochant l'action du tiers de celle que les Romains appelaient *institoria,* et en citant un texte de Paul qui donne au créancier une action *in solidum* contre le mandant (1).

Cette théorie si pratique est certainement celle du Code civil, car l'article 1998 déclare le mandant tenu de tous les engagements contractés par le mandataire, sans distinguer si celui-ci a agi en son nom propre ou au nom du mandant, et ce texte formel, appuyé sur la tradition, suffit pour combattre l'opinion de ceux qui refusent au tiers toute autre action que celle qui s'appuierait sur l'article 1166 (2).

(1) V. Pothier, *Mandat*, n°s 87, 88.
(2) V. Aubry et Rau, t. III, édit. 1856.

217 *bis*. IV. Ce que nous venons de dire relativement aux dettes contractées par le mandataire est également vrai des créances qui auraient pu naître des conventions par lui faites. Si le mandataire a stipulé au nom du mandant, il l'a représenté, et celui-ci a acquis la créance; s'il a stipulé *proprio nomine,* il est devenu créancier, mais le mandant pourrait agir directement et n'aurait pas besoin d'avoir recours à l'action qui appartient à tous les créanciers en vertu de l'article 1166.

217 *bis*. V. Tout ce qui précède suppose que le mandataire agissait dans les limites de ses pouvoirs, c'est l'hypothèse de l'article 1998. S'il n'avait pas de pouvoir ou s'il est sorti des limites qui lui étaient assignées, il ne peut pas avoir compromis en rien les intérêts de celui pour qui il a agi. Les actes d'ailleurs ne sont pas nuls, ils ne sont pas entachés d'un vice, ils sont tout simplement pour le mandant vrai ou prétendu, *res inter alios acta*. Le mandataire prétendu, qui a agi au nom du prétendu mandant, n'a pas pu l'obliger, l'acte n'est pas opposable à celui-ci qui est un tiers. Si le mandataire a contracté lui-même des obligations, elles sont certainement valables, mais elles ne lient le mandant ni envers le créancier ni envers le soi-disant mandataire.

217 *bis*. VI. Ces engagements, du reste, peuvent produire des effets par rapport au maître de l'affaire, s'il donne son adhésion aux actes, après qu'ils ont été faits. Cette adhésion postérieure, qui ressemble à la confirmation des actes annulables, bien qu'elle en soit absolument distincte, porte spécialement le nom de ratification et peut avoir lieu soit expressément, soit tacitement, c'est-à-dire par tout fait qui manifestera chez le maître la volonté d'adhérer à l'acte accompli.

L'acte ratifié produit par rapport à celui qui a fait la ratification les mêmes effets que l'acte émané d'un mandataire; c'est en ce sens qu'on dit *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Il existe cependant une différence importante entre les effets du mandat et ceux de la ratification; les actes du mandataire, accomplis dans la limite de ses pouvoirs, confèrent au tiers des droits irrévocables, tandis que ceux qui ont acquis des droits qui ne seraient validés que par une ratification, seraient dépouillés par tout acte du maître conférant à une autre personne, entre le premier acte et la ratification, le droit constitué par l'acte qui a besoin d'être ratifié. Cela s'exprime ordinairement en

ces termes : la ratification n'a pas d'effet rétroactif, c'est-à-dire elle ne peut consolider le droit qui avait besoin d'être ratifié au détriment de droits légitimement acquis par d'autres avant la ratification.

Nous côtoyons ici la théorie de la confirmation des actes annulables, et les raisons de notre décision sont celles que justifient les derniers mots de l'article 1338. Le maître, en conférant un droit à une personne avant d'avoir ratifié l'acte de son prétendu mandataire, s'interdisait tout acte pouvant porter atteinte au droit qu'il constituait et par conséquent renonçait, à son insu peut-être, au droit de ratifier tout acte dont la validité aurait nui au droit de celui avec qui il traitait.

217 *bis*. VII. Le mandataire oblige le mandant quand il agit dans les limites de son mandat et ne l'oblige pas quand il fait autre chose que ce qu'il a reçu le pouvoir de faire. Voilà deux espèces très-nettement distinctes et sur lesquelles la décision du Code civil n'est pas douteuse. Mais, entre ces deux espèces, il y en a une troisième que discutaient les jurisconsultes romains (1), et sur laquelle il faut nous fixer. Le mandataire a fait ce qu'il avait charge de faire, mais il a dépassé les bornes de son mandat en ce sens qu'il a contracté dans des conditions plus onéreuses que celles qu'il avait été chargé d'accepter. Il a acheté pour 110,000 francs ce qu'il avait pouvoir d'acheter 100,000; il a vendu 100,000 francs ce qu'il avait pouvoir de vendre pour 110,000. Il a cautionné une dette de 100,000 francs quand il avait reçu pouvoir de cautionner 80,000 francs. Tous ces actes ont été accomplis par lui en qualité de mandataire et par conséquent au nom du mandant, il n'a pas pris d'engagement personnel. Quel est l'effet de ces actes par rapport au mandant?

217 *bis*. VIII. Nous ferons remarquer que poser ainsi la question, c'est la présenter sous une physionomie qu'elle n'avait pas en droit romain. Le mandataire romain contractait lui-même, il s'obligeait, et dans les principes anciens, il n'obligeait pas le mandant. Donc la question qui nous occupe ne pouvait pas s'élever dans les rapports du mandant et du tiers; celui-ci avait certainement acquis la créance résultant du contrat, et pour son exécution il avait action contre le mandataire, il n'avait pas affaire au mandant. La difficulté

(1) V. *Instit.*, l. III, t. XXVI, § 8.

concernait les rapports du mandant et du mandataire, elle naissait sur l'action *mandati contraria*, il s'agissait de savoir si le mandataire pouvait se faire indemniser, au moins dans les limites du mandat, de l'obligation qu'il avait prise. Le texte du § 8 du titre du mandat, aux Institutes, est formel sur ce point, il examine si le mandataire peut agir contre le mandant. Nous n'examinons pas encore ce point, nous nous sommes placés dans le cas où le mandataire a eu la prétention d'obliger le mandant, et nous recherchons si en effet ce mandant est tenu envers celui qui a traité avec son mandataire. Il est certain qu'il n'est pas tenu au delà du chiffre qu'il a fixé lui-même, mais sera-t-il tenu au moins jusqu'à concurrence de ce chiffre?

217 *bis*. IX. Il y a un cas où la solution est très-simple, c'est celui où la convention peut produire un résultat partiel sans que sa nature en soit altérée. Il s'est agi d'un cautionnement, le mandataire a cautionné une dette de 10,000 francs alors qu'on l'avait autorisé à cautionner pour 6,000. La réduction de l'engagement dans les limites du pouvoir, est chose très-facile, et l'on ne voit pas quel principe de droit conduirait à l'annulation complète de l'engagement, car le mandataire avait le droit de représenter le mandat jusqu'à concurrence de cette somme, qui est comprise dans la somme plus considérable pour laquelle il a contracté.

217 *bis*. X. La question est plus difficile à résoudre quand on ne saurait sans injustice altérer l'obligation d'une des parties alors que l'autre obligation resterait la même. Si le mandataire a acheté pour un prix supérieur au chiffre fixé par le mandant ou si, chargé de vendre, il a vendu pour un prix inférieur au prix indiqué dans le mandat, peut-on dire que la partie adverse sera tenue de livrer tout l'immeuble alors qu'on réduira sa créance, ou d'augmenter le prix qu'elle a promis alors qu'on lui livrera seulement la chose pour laquelle elle n'avait consenti à payer qu'un prix inférieur?

217 *bis*. XI. L'acte accompli a une unité, on ne peut pas le décomposer, il faut qu'il s'exécute tel qu'il a été fait ou qu'il soit tenu pour non avenu. Il faudra donc, au cas du mandat d'acheter, que le mandant consente à payer le prix convenu par son mandataire, et au cas du mandat de vendre, qu'il se contente du prix fixé par le contrat de vente. Sinon l'opération sera nulle, comme faite par le mandataire sans pouvoir.

217 *bis*. XII. Nous ne disons pas que l'acte soit absolument dénué

d'effet, il rentre dans la catégorie de ceux qui ont besoin, pour valoir, d'une ratification. Le mandataire a traité sans pouvoir, il n'a pu engager le mandant, à moins que celui-ci ne ratifie expressément ou tacitement (art. 1998). L'acte du mandataire s'explique parfaitement ; ne pouvant pas obtenir les conditions que le mandant avait désirées, il a fait une convention comme l'eût faite un gérant d'affaires, une sorte de vente ou d'achat conditionnel subordonné à l'éventualité de la ratification par le mandant.

217 *bis*. XIII. Quant au mandataire, il est clair qu'il n'est pas engagé envers le tiers, parce qu'il faut supposer qu'il a donné connaissance de ses pouvoirs, qui étaient limités (art. 1997). S'il avait au contraire laissé croire qu'il avait des pouvoirs illimités, il serait tenu à la garantie envers le tiers.

217 *bis*. XIV. Le vendeur ou l'acheteur qui a traité avec le mandataire connaissant la restriction imposée au mandat, n'est pas lésé dans ses droits par la solution que nous venons de donner, puisque, connaissant les termes du mandat, il n'a pas pu croire qu'il faisait un contrat pur et simple, et a dû savoir que les effets du contrat étaient subordonnés à la ratification du mandat.

217 *bis*. XV. Reste à examiner si le tiers peut, après le contrat, déclarer qu'il accepte les conditions fixées par le mandat et obliger ainsi le mandant à subir les conséquences de l'acte de son mandataire. Ainsi l'acheteur consent à donner 100,000 francs au lieu de 80, 000 francs qu'il a promis; le vendeur consent à se contenter de 80,000 francs au lieu des 100,000 qu'il a stipulés. Nous pensons que jusqu'à ce que le mandant ait révoqué son mandat, au su du tiers, ce tiers peut valider l'acte en acceptant, d'accord avec le mandataire, les conditions fixées par le mandat, parce que son acceptation équivaut à la formation d'un nouveau contrat qui pourrait alors être valablement fait dans les conditions de la procuration. Mais si le mandant a signifié qu'il révoquait son mandat, comme le mandataire ne pourrait plus alors faire le contrat même dans les conditions primitives de la procuration, le consentement du tiers, joint à celui du mandataire, ne constituerait pas un nouveau contrat valable et par conséquent ne validerait pas l'ancien. Nous assimilons, bien entendu, à la révocation du mandat le fait du mandant qui demande expressément la nullité du contrat; nous aurions plus de doute sur le simple refus d'exécuter le contrat tel qu'il a été fait, les circonstances de fait pourraient seules prouver si le refus

d'exécution implique la volonté de retirer au mandataire les pouvoirs qui lui ont été donnés.

218. Envers le mandataire, l'obligation générale du mandant consiste à l'indemniser de tout ce que lui a coûté l'exécution du mandat, et de plus à lui payer ses salaires s'il y a lieu. L'indemnité du mandataire s'applique aux avances et aux frais qu'il a pu faire, et aux dommages ou pertes qu'il a pu éprouver (art. 1999, 2000).

219. Les avances et frais sont dus à tout mandataire, sous cette seule condition qu'ils soient relatifs à l'exécution du mandat. Quant aux salaires, ils ne sont dus en général qu'autant qu'ils ont été promis. V. art. 1999, al. 1.

Remarquons ici :

1° Que le mot avance doit se prendre *lato sensu* pour tout sacrifice que le mandataire a fait dans sa fortune (v., à ce sujet, *Gord.,* L. 6, Cod.; *Afr.,* L. 37; *Paul.,* L. 26, § 2, D. *mand.*), même pour la privation volontaire du bénéfice d'une libéralité qui lui était destinée (v. *Ulp.,* L. 10, § 13; L. 12, § 1; v. pourtant *Ulp.,* L. 12, pr., D. *mand.*).

Remarquons 2° que l'avance ne peut être réputée faite pour l'exécution du mandat, si le mandataire ne s'est renfermé dans les limites qui lui étaient tracées.

219 *bis.* I. L'obligation du mandant ne se borne pas à restituer au mandataire les sommes que celui-ci a avancées, c'est-à-dire déboursées pour l'exécution du mandat. Elle consiste aussi à indemniser le mandataire des obligations par lui contractées; c'est l'obligation qui pèse sur le maître au cas de gestion d'affaires (art. 1375), et que le droit romain imposait au mandant envers le mandataire qui en principe s'obligeait *proprio nomine* pour l'exécution du mandat. Dans notre droit, elle suppose que le mandataire a consenti à s'obliger lui-même au lieu d'agir comme représentant du mandant. Le résultat de cette obligation doit être de rembourser ce que le mandataire aura payé en vertu des engagements qu'il aura contractés, cela pourra bien s'appeler des avances, mais en outre le mandant est tenu, quand le mandataire n'a pas encore acquitté ses obligations, à l'en tenir indemne, par conséquent à s'ar-

ranger pour que les créanciers ne le poursuivent pas. Il y parviendra surtout en payant lui-même, ou en faisant, avec le créancier, le contrat d'*expromissio* par lequel il s'obligera à la place du mandataire débiteur primitif.

219 *bis*. II. Dans les hypothèses que nous avons examinées au numéro précédent, le mandataire a dépassé les limites que lui assignaient ses pouvoirs; s'il s'est engagé *proprio nomine*, il est clair qu'il s'est valablement engagé; mais apparaît alors la question qui s'agitait dans le droit romain sur les rapports du mandant ou du mandataire. Il a acheté une chose à un prix supérieur à celui qui était fixé; il a fait un contrat qui n'est pas, par rapport au tiers, subordonné à une ratification, il peut alors transférer la propriété de la chose au mandant, pourvu qu'il ne lui réclame que le prix déterminé; s'il a vendu à trop bas prix, il peut contraindre le mandant à livrer la chose en lui payant *de suo* la différence entre les deux prix. Les Romains admettaient cette solution en la fondant sur l'équité, et nous devons l'accepter à leur exemple, puisque le Code civil nous fait une règle d'interpréter les conventions d'après la bonne foi. N'est-il pas clair que la plupart du temps le mandataire aura cru bien faire en dépassant quelque peu les limites de son mandat, pour ne pas manquer une occasion favorable? Il a espéré que le mandant approuverait cette transgression du mandat, et il a calculé qu'au pis aller il risquait de perdre l'excédant du prix d'achat ou le déficit du prix de vente. Ne serait-il pas bien dur de le contraindre à prendre à son compte une opération qui, bien que raisonnablement faite, serait infiniment trop lourde pour sa position pécuniaire?

220. Le droit au recouvrement des déboursés et au paiement des salaires peut évidemment se perdre ou se modifier à raison des fautes imputables au mandataire; mais le mauvais succès ne constitue pas par lui-même une faute, et ne fait conséquemment nul obstacle à ce remboursement ou à ce paiement. Bien plus, quoiqu'il y ait certainement faute dans une dépense excessive, cet excès ne résultant pas nécessairement du seul fait que la dépense eût pu être moindre, ce seul fait ne peut servir de prétexte pour dispenser du remboursement intégral des frais et avances (v., à ce sujet, *Javol.*, L. 52; *Gaius*, L. 27, § 4, D. *mand.*). V. art. 1999, al. 2.

220 *bis*. I. L'insuccès de l'affaire dont le mandataire a été chargé ne décharge pas le mandant de son obligation, parce que l'action du mandataire n'est pas, comme celle du gérant d'affaires, fondée sur l'utilité de l'acte accompli, elle dérive de l'ordre donné par le mandant, et tant que le mandataire reste fidèle à cet ordre, il ne peut être garant du succès ou de l'utilité de l'opération. Tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est la responsabilité ordinaire de celui qui est chargé par contrat des intérêts d'autrui, c'est-à-dire la responsabilité de sa faute, et sa faute consisterait à n'avoir pas donné à l'affaire tous les soins qu'aurait donnés un bon père de famille (art. 1137).

220 *bis*. II. C'est en se reportant à ce même article 1137 que la fin de l'article 1999 impose au mandant l'obligation de payer les frais et avances que le mandataire a fait sans commettre de faute, alors même qu'ils auraient pu être moindres. En effet, le bon père de famille, dont la diligence sert d'unité de mesure en matière de responsabilité des fautes, n'est pas le *diligentissimus paterfamilias*, le plus méticuleux et le plus parcimonieux; il ne fait pas de dépenses folles, il ne cherche pas les plus hauts prix, mais il n'est pas non plus comme l'avare qui emploie tous les moyens pour faire toute chose au plus bas prix possible. Il ne serait guère juste d'obliger le mandataire à faire des démarches et des recherches pour trouver le fournisseur ou l'ouvrier qui consentira à vendre ou à travailler au-dessous du prix communément accepté.

220 *bis*. III. En rattachant ainsi la décision de l'article 1999 *in fine* à la théorie des fautes, nous lui donnons une largeur qu'elle ne paraît pas avoir dans la doctrine de Pothier, parce que ce jurisconsulte raisonne sur deux hypothèses empruntées à des textes du droit romain et qui ont un caractère par trop spécial. Il suppose d'abord que le mandataire est un fidéjusseur qui a cautionné une obligation de genre, cent mesures de froment, il paie au créancier du froment de première qualité; alors, dit-il, il ne peut pas exiger du mandant la restitution du blé en cette qualité. Puis il oppose à cette hypothèse celle où la caution n'aurait pas eu la possibilité de se procurer du blé moins cher, et il oblige le mandant à le lui restituer tel qu'il l'a livré (1). Les deux solutions ne peuvent pas faire de doute, mais le vice de la seconde espèce, qui semble l'application

(1) V. Pothier, *Mandat*, n° 78.

du principe posé par l'article 1999, est de ne pas bien mettre en relief ce principe, puisque l'on suppose que le mandataire a été personnellement dans l'impossibilité de faire des frais moindres. Or, la décision du Code civil, parfaitement conforme à l'article 1137, n'exige pas cette condition d'impossibilité et reconnaît le droit du mandataire, pourvu qu'il ne soit pas en faute, alors même que les frais auraient pu être moindres. Ceci est dit *impersonaliter* et par conséquent comprend, dans la restriction que fait la loi, le cas où il aurait été possible au mandataire lui-même de faire des frais moindres.

221. L'indemnité du mandataire doit être complète, et comprendre conséquemment les pertes de tout genre que son mandat lui a fait essuyer; la loi n'exige pas même que l'exécution du mandat ait été la cause directe de ces pertes; il suffit qu'elle en ait été l'occasion. Mais bien entendu que la règle ne s'applique pas aux pertes résultant d'une imprudence à lui imputable. V. art. 2000; v., à ce sujet, *Afr.,* L. 61, §§ 5 et 7, D. *de furt.; Ulp.,* L. 52, § 4, *pro soc.;* v. pourtant *Paul,* L. 26, § 6, D. *mand.*

221 *bis.* I. Pothier distinguait si la perte éprouvée par le mandataire avait pour *cause* sa gestion ou si elle était simplement survenue à l'*occasion* de cette gestion ; dans ce dernier cas, l'indemnité n'était pas due; il avait en vue le cas où le mandataire avait été dépouillé par des voleurs, ou avait perdu quelque chose dans un naufrage, pendant qu'il voyageait pour l'exécution du mandat (1). Le Code civil a certainement voulu rejeter cette distinction essentiellement subtile, puisqu'il a précisément inséré dans son texte le mot *occasion;* en choisissant, des deux expressions que Pothier opposait l'une à l'autre, la plus large, il a montré qu'il entendait donner au juge une grande latitude pour apprécier si le dommage éprouvé est une conséquence du mandat et pour en ordonner la réparation, à moins que le sinistre ne résulte en même temps d'une imprudence du mandataire.

221 *bis.* II. Les pertes essuyées par le mandataire et dont il lui est dû indemnité sont des pertes accidentelles, il ne faudrait pas y comprendre le tort que le mandataire a pu se causer à lui-même

(1) V. Pothier, n° 76.

en négligeant ses propres affaires, pendant qu'il soignait celles du mandant. Ces pertes auraient dû être prévues par lui, et il a commis une imprudence en se chargeant du mandat alors que ses propres affaires exigeaient tout son temps; peut-être aussi, en proportionnant son travail à la double tâche qu'il s'était imposée, aurait-il satisfait à toutes les nécessités? Le mandant d'ailleurs aurait pu trouver un autre mandataire qui aurait eu plus de loisir. Enfin, il semble que cette demande d'indemnité soit une sorte de demande d'un salaire, or le mandat peut être salarié, mais encore faut-il qu'il soit intervenu une convention sur ce point ou que la profession du mandataire donne lieu de présumer une convention tacite?

222. La faveur due à l'indemnité du mandataire fait déroger pour lui à la règle générale sur le cours des intérêts (v. art. 1153). Si donc il a fait des avances, il a droit aux intérêts, du jour même des avances; bien entendu que c'est à lui à constater ce jour. V. art. 2001; *Ulp.*, L. 12, § 9, D. *mand.*

222 *bis.* Le Code a nettement distingué, dans les articles 1999 et 2000, les avances faites et les pertes éprouvées par le mandataire; par conséquent lorsqu'il parle dans l'article 2001 de l'intérêt des avances, il n'a en vue que les sommes réellement déboursées par le mandataire, mais il ne fait pas courir de plein droit l'intérêt des indemnités qui peuvent être dues pour les pertes survenues. Il eût été inutile d'étendre à ces indemnités la règle de l'article, car les tribunaux, maîtres de fixer les dommages et intérêts pour une perte éprouvée, ont pour mission de faire entrer dans le calcul de la perte le dommage résultant de la privation de jouissance du capital perdu, tandis que, n'était l'article 2001, ils auraient été empêchés de faire la même appréciation à propos de dettes de sommes d'argent, l'article 1153 ayant sur ce point absolument détruit leur pouvoir d'appréciation.

223. La même faveur fait admettre sans stipulation la solidarité au profit du mandataire constitué par plusieurs mandants pour une affaire commune. Cette solidarité s'applique à tous les effets du mandat. V. art. 2002; *Paul.*, L. 59, § 3, D. *mandat.*

223 *bis.* Il ne faudrait pas considérer comme affaire commune le cautionnement de la dette de plusieurs débiteurs conjoints. Le

principe de la division des dettes a pour résultat que chacun des débiteurs ne doit qu'une part, et que par conséquent il y a autant de dettes et d'affaires que de débiteurs. On peut tirer en ce sens argument de l'article 2030, qui admet le recours de la caution pour le tout contre chaque débiteur, mais qui vise seulement le cas où les débiteurs étaient solidaires entre eux.

CHAPITRE IV.

COMMENT FINIT LE MANDAT.

224. Le mandat, contracté uniquement ou principalement dans l'intérêt du mandant, et reposant sur des sentiments tout personnels de confiance et d'amitié, finit par plusieurs causes qui ne font nullement cesser l'effet des contrats ordinaires.

225. Et d'abord il est naturel que le mandat cesse par la seule volonté du mandant, puisqu'il n'est établi qu'en sa faveur; il finit donc, 1° par la révocation. V. art. 2003, al. 1 et 2.

226. Par la raison contraire, la volonté du mandataire ne devrait point faire cesser les obligations qu'il a contractées par sa promesse; mais l'équité ne permettant point de surcharger un bienfaiteur, celui-ci peut, suivant les cas, être admis à se débarrasser du fardeau; ainsi le mandat peut finir, 2° par la renonciation. V. art. 2003, al. 3.

227. Enfin le mandat, reposant, comme on l'a dit, sur des sentiments tout personnels et non transmissibles, ne peut survivre aux personnes qui s'inspirent mutuellement ces sentiments; bien plus, si ces personnes subissent quelque changement d'état qui les dépouille de leur patrimoine, ou leur enlève la direction de leurs affaires, il est certain qu'un pareil changement survenu dans la personne du mandant ne doit point laisser d'efficacité à sa volonté pour confier à un autre une direction qu'il n'a plus; que si c'est dans la personne du mandataire, la position où celui-ci se trouve réduit n'inspire

plus assez de confiance pour qu'on puisse supposer la continuation de celle dont il a été l'objet. D'après ces motifs, le mandat finit, 3° non-seulement par la mort, mais par l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. V. art. 2003, al. dernier. Il est évident, par les mêmes raisons, que le mandat finirait encore par l'absence de l'une des parties; il n'est pas moins clair qu'il finirait aussi par la cessation des fonctions dans lesquelles le mandant l'aurait conféré.

227 *bis*. Les textes du droit romain donnent quelques exemples de mandats qui survivent au mandant, parce qu'ils ont été donnés précisément en vue de la mort du mandant et pour être exécutés après cet événement (1). Il s'agit, par exemple, du mandat de faire construire un tombeau au mandant; c'est une disposition qu'il faut respecter, parce qu'elle a un motif parfaitement légitime. Nous ferons remarquer du reste que le Code civil, en validant la disposition qui nomme un exécuteur testamentaire, reconnaît la validité de certains mandats à accomplir après la mort du mandant; car si la désignation de l'exécuteur n'est pas faite par contrat, au fond l'exécuteur reçoit une mission qui le place dans la situation d'un mandataire, et il serait difficile de voir pourquoi ce que le futur défunt peut faire par un testament ne pourrait pas être fait par une convention qu'il aurait du reste toujours le droit de révoquer.

228. La révocation du mandat consiste dans un acte de la volonté du mandant; cet acte est essentiellement libre et instantané, quoique son effet soit naturellement subordonné à la connaissance qu'en acquerront les diverses personnes que le mandat intéresse. Il est clair que le mandataire, aussitôt qu'il en est informé, n'a plus aucune raison pour retenir l'écrit qui constatait son pouvoir aux yeux des tiers. Aussi peut-il être contraint, s'il y a lieu, à s'en dessaisir. Il n'importe d'ailleurs que cet écrit soit sous signature privée ou en forme authentique: si l'acte authentique est délivré en brevet, le mandataire remettra ce brevet, comme il remettrait l'écrit

(1) V. l. 12, § 17 et 13. D. *Mandati*.

sous seing privé; s'il en a été gardé minute, il remettra l'expédition qui lui avait été délivrée. V. art. 2004.

228 *bis*. Le mandataire révoqué élèverait peut-être la prétention de conserver sa procuration jusqu'au paiement des avances et indemnités qui pourraient lui être dues, il prétendrait à un droit de rétention que nous lui avons déjà reconnu sur les choses qui lui ont été confiées par les suites du mandat. Nous pensons qu'il n'est pas dans l'hypothèse où le droit de rétention existe, car l'écrit constatant le mandat n'est pas la chose même dont le mandat l'a constitué débiteur, ce n'est pas la chose qu'il devait administrer et soigner, bien plus, ce n'est pas un objet susceptible d'être vendu et qu'on puisse considérer comme lui servant de gage. Le droit de rétention est fondé sur le principe de l'article 1184, une partie ne peut pas exiger de l'autre l'exécution de son obligation sans exécuter elle-même la sienne propre. Or, l'obligation du mandataire n'a pas pour objet le titre constatant le mandat. Ce titre restant dans les mains du mandataire révoqué est un danger pour le mandant, puisqu'il autoriserait les tiers à se fier à un mandataire peut-être infidèle; le laisser dans les mains de ce mandataire jusqu'à ce que les comptes du mandat soient faits et le reliquat payé, c'est compromettre les intérêts du mandant sans donner un véritable gage au mandataire; donc nous pensons que la restitution en est due à tout événement.

Cette restitution, au reste, n'aurait pas l'inconvénient de priver le mandataire du moyen de prouver l'existence du mandat, car il aurait bien le droit d'exiger un récépissé détaillé de ce titre, et s'il ne l'obtenait pas, il serait alors en droit de le conserver.

229. La révocation du mandat anéantit les pouvoirs, et sa notification au mandataire fait cesser pour l'avenir les rapports qu'établissait entre les parties le contrat de mandat. Mais l'intérêt des tiers, qui, dans l'ignorance de la révocation, traiteraient avec le mandataire, doit prévaloir sur celui du mandant, auteur indirect de leur erreur; aussi la révocation ne pourrait-elle alors leur être opposée; il resterait seulement au mandant un recours contre le mandataire, pour l'abus qu'il a fait du pouvoir révoqué. V. art. 2005; et remarquez l'intérêt qu'a dès lors le mandant à se faire remettre sans délai l'écrit qui constatait le pouvoir.

230. La révocation peut être tacite, et la loi voit une révocation tacite dans la constitution d'un nouveau mandataire, pourvu que ce soit *pour la même affaire*. Bien entendu que cette révocation ne produira d'effet, à l'égard du premier mandataire, que du jour où il en aura eu connaissance, et il ne sera censé, en général, avoir cette connaissance que par une notification. V. art. 2006.

230 *bis*. La nullité de la seconde procuration ne détruirait pas sa force révocatoire, car l'intention de faire cesser le premier mandat est manifestée, bien que le second ne puisse conférer de pouvoirs. Il faudrait toutefois réserver le cas où la nullité serait fondée sur un vice de la volonté, car le vice infecterait l'acte tout entier et ne laisserait pas plus subsister la volonté de révoquer le premier mandat que celle de conférer le second.

231. Tout obligé qu'est le mandataire, par son acceptation, à l'exécution du mandat, la loi proclame cependant pour lui, d'une manière générale, la faculté d'y renoncer, sous la seule condition de notifier sa renonciation. V. art. 2007, al. 1.

Cette faculté de s'affranchir par son propre fait d'une obligation une fois contractée, tient à la faveur qui doit entourer le mandataire considéré comme bienfaiteur. Il y eût eu iniquité à la lui refuser lorsqu'il n'y a pas préjudice pour le mandant; mais s'il y a préjudice, la faveur ne va pas jusqu'à le dispenser de réparer le tort qu'il cause.

Cependant, il est un cas où la faveur l'emporte sur toute considération, et où la faculté de renoncer impunément est indépendante de la question de préjudice causé au mandant; ce cas, qui, au surplus, en renferme un grand nombre, c'est lorsque le mandataire se trouve dans l'impossiblilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. V. art. 2007, al. dernier; et, à ce sujet, *Hermog.;* L. 23 et 25; *Gaius,* L. 27, § 2, D. *mand.*

232. Nous avons déjà vu que la révocation du mandat en laisse subsister les effets tant qu'elle est ignorée des intéressés; la même règle s'applique au cas de mort du mandant, ou des autres causes qui font cesser le mandat. Ce que fait le

mandataire dans l'ignorance est donc valide, pour obliger envers lui, s'il y a lieu, les héritiers ou représentants du mandant. V. art. 2008; *Paul.*, L. 29, D. *mand.*

233. A plus forte raison, les engagements pris dans ces cas par le mandataire envers les tiers doivent-ils être exécutés si ceux-ci sont de bonne foi. V. art. 2009.

233 *bis*. Ce n'est pas seulement quand le mandataire ignore la mort du mandant ou la révocation que les engagements sont maintenus dans l'intérêt des tiers de bonne foi, c'est dans tous les cas ci-dessus, c'est-à-dire toutes les fois que le mandat a pris fin et que le tiers a ignoré cet événement sans qu'on puisse lui imputer son ignorance. C'est la bonne foi du tiers qu'il faut considérer et non la bonne ou la mauvaise foi du mandataire.

234. Quoique le mandat finisse de plein droit par la mort du mandataire, dont la charge ni les pouvoirs ne passent pas à ses héritiers, la loi, par un motif d'humanité, oblige ceux-ci à donner au mandant avis du décès; et, en attendant qu'il puisse prendre la direction de son affaire, ils doivent pourvoir, dans son intérêt, à ce que les circonstances exigent. V. art. 2010; v. à ce sujet art. 419. Il est clair, au surplus, que, pour ce que les héritiers auront ainsi fait, l'espèce de mandat légal dont ils sont ici investis produirait nécessairement les mêmes effets qu'un mandat véritable (v. *Ulp.*, L. 14, D. *mand.*; *Pomp.*, L. 40, *pro soc.*).

235. Observons, en terminant, que la fin du mandat, de quelque cause qu'elle procède, laisse subsister tous ses effets accomplis. Sous ce rapport, les droits et obligations du mandant et du mandataire se transmettent à leurs héritiers ou représentants.

TITRE QUATORZIÈME.

DU CAUTIONNEMENT.

236. La matière du cautionnement se rattache sous un double point de vue à celle du mandat : 1° le cautionnement n'est quelquefois que l'effet d'un mandat, donné au créancier par la personne qui se rend ainsi caution ; 2° presque toujours, le cautionnement se contracte par suite du mandat donné à cet effet par le débiteur à la caution. Ainsi s'explique la liaison de ce titre avec le précédent.

Au surplus, le cautionnement, de quelque manière qu'il s'établisse, peut être envisagé comme un contrat à part, dont l'objet est d'assurer l'exécution d'une obligation par l'engagement d'une tierce personne.

Ce contrat, qui peut comme tout autre procéder directement de la volonté libre des parties, a lieu le plus ordinairement en exécution d'une obligation de fournir caution, obligation qui peut naître, soit de la convention, soit de la loi, soit d'un jugement : de là la distinction des cautions en conventionnelles, légales et judiciaires.

237. Dans tous les cas, le cautionnement est une opération complexe, qui renferme plusieurs contrats ou quasi-contrats entre les diverses personnes qu'elle concerne ; ces personnes sont un créancier, un débiteur, et une ou plusieurs cautions.

Entre le créancier et le débiteur, il existe ou doit exister un contrat principal ou quelque autre cause d'obligation, dont le cautionnement tend à garantir l'effet. C'est à cette cause d'obligation principale que se rattache immédiatement l'obligation de fournir caution.

Entre le créancier et la caution intervient le contrat de cautionnement proprement dit, ou la *fidéjussion.*

Entre le débiteur principal et les cautions, il y a contrat de mandat ou quasi-contrat de gestion d'affaires.

Enfin, entre les cautions du même débiteur, l'acquittement par un seul, de la dette dont ils étaient tous tenus, forme une sorte de quasi-contrat de gestion d'affaires.

238. Le Code règle successivement : 1° la nature et l'étendue du cautionnement; à ce sujet, la loi détermine l'effet de l'obligation de fournir caution; 2° l'effet du cautionnement entre les divers intéressés; 3° son extinction. C'est l'objet des trois premiers chapitres.

Dans un quatrième chapitre, le législateur a rassemblé quelques règles, spécialement relatives à la caution légale et à la caution judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT.

239. Le cautionnement proprement dit, ou la fidéjussion, est un contrat par lequel une personne, appelée caution ou fidéjusseur, s'oblige envers le créancier d'un autre à satisfaire à l'obligation de celui-ci, pour le cas où il n'y satisferait pas lui-même. V. art. 2011. C'est, comme on voit, un contrat consensuel, unilatéral, et nécessairement accessoire.

239 *bis*. I. La définition du cautionnement se trouve dans l'article 2011; c'est un contrat par lequel une personne promet d'acquitter l'obligation d'une autre dans le cas où celle-ci ne l'acquitterait pas elle-même.

Ce contrat, œuvre de deux personnes, le créancier et la caution, met en relation trois personnes, le créancier, le débiteur et la caution.

239 *bis*. II. En étudiant la définition du cautionnement, nous trouvons les caractères de ce contrat : il est consensuel, comme la grande généralité de nos contrats en droit français; il est unilatéral, car la caution seule contracte une obligation, le créancier stipule,

mais ne promet rien. Est-il à titre onéreux ou à titre gratuit? Quand nous l'étudions dans les rapports du créancier et de la caution, et le contrat n'existe qu'entre ces deux personnes, il est généralement à titre onéreux, c'est-à-dire qu'il impose des sacrifices aux deux parties; à la caution, cela n'est pas douteux, au créancier, en ce sens qu'il consent à accepter le débiteur à cause de la garantie que lui donne la caution, ou bien, si la dette existe déjà, cette sécurité l'engage à se montrer moins rigoureux envers son débiteur et notamment à lui accorder des délais.

Quelquefois, cependant, le cautionnement aura le caractère gratuit dans les rapports entre le créancier et la caution. Si la dette existe déjà et si la caution, sans s'intéresser au débiteur, sans essayer d'obtenir pour lui des facilités, s'oblige en vue du créancier et pour lui être utile en le protégeant contre l'insolvabilité possible de son débiteur.

239 *bis*. III. Entre la caution et le débiteur, il ne s'agit pas de déterminer le caractère du contrat de cautionnement, puisqu'il n'existe pas entre eux. Mais l'opération que fait la caution réagit sur la situation du débiteur, et il est bon de savoir si cette opération est un acte à titre onéreux ou à titre gratuit. De sa nature, c'est un acte à titre gratuit, la caution cherche à rendre service au débiteur, en lui procurant du temps pour payer ou au futur débiteur en lui faisant trouver du crédit. Ce service est ordinairement gratuit; il ne serait pas impossible, toutefois, que la caution se fût fait promettre quelque avantage. Cette stipulation est valable en vertu du principe de la liberté des conventions, et dans ce cas les rapports entre le débiteur et la caution sont régis par les règles sur les actes à titre onéreux.

239 *bis*. IV. Cette étude sur le caractère gratuit ou onéreux du contrat et de l'opération de cautionnement n'est pas dénuée d'intérêt. Non pas que le cautionnement, même gratuit, puisse être soumis aux règles de formes imposées aux donations; il fera partie de cette classe d'actes gratuits qui, par leur nature, échappent à l'article 931, parce que ce ne sont pas des actes de donation. Dans cette classe se rangent la remise de dette, le paiement de la dette d'autrui fait *donandi animo,* et il y a place pour le cautionnement.

L'intérêt de la question n'en existe pas moins, car si le cautionnement est un acte à titre gratuit, il sera plus facilement annulé pour erreur sur la personne. Il sera soumis à l'action révocatoire

pour cause de fraude sans qu'on exige la mauvaise foi du cocontractant (art. 1167), et il faudra, au cas de faillite, lui appliquer les dispositions rigoureuses de l'article 446 C. Com.

239 *bis*. V. De la définition que nous avons donnée, d'après l'article 2011, ressort un troisième caractère de cautionnement; c'est un contrat accessoire, c'est-à-dire qu'il suppose une obligation principale dont il garantit l'exécution. Il n'est pas du reste nécessaire que cette obligation soit préexistante. La caution peut s'obliger d'avance pour garantir l'obligation que contractera une certaine personne. C'est même ainsi que les choses se passeront bien souvent, car celui qui exige une caution parce qu'il n'a pas confiance dans le futur débiteur serait imprudent s'il commençait par traiter avec celui-ci, par exemple à lui prêter de l'argent, pour être exposé ensuite à ce qu'on ne lui donnât pas de caution.

239 *bis*. VI. Nous tirons encore une autre conséquence de la définition que nous a fournie l'article 2011. C'est que le créancier doit, avant de poursuivre la caution, mettre en demeure le débiteur principal. En effet, si l'on ne peut pas dire que la caution soit un débiteur conditionnel, c'est en tout cas un débiteur subsidiaire; il doit satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même; donc le débiteur cautionné est le véritable débiteur, et il est logique que le créancier s'adresse d'abord à lui. Quelle nécessité y a-t-il de tourmenter la caution quand le débiteur est peut-être en mesure de payer, quand il ne paie pas uniquement parce qu'on ne lui demande rien? Nous n'appuyons pas cette solution sur les premiers mots de l'article 2021, où nous lisons que la caution n'est obligée qu'à défaut du débiteur; parce que la suite de l'article prouve que ses rédacteurs ont songé exclusivement à constater l'existence du bénéfice de discussion, et nous raisonnons sur les cautions en général, même sur celles qui sont privées de bénéfice de discussion. C'est donc uniquement l'article 2011 que nous invoquons, et le caractère subsidiaire de l'obligation du fidéjusseur; faisant en outre remarquer que cette obligation imposée au créancier n'entraînera ni frais considérables, ni lenteurs regrettables, ce que nous prouvons en rappelant que la législation commerciale, si amie des économies de temps et d'argent, soumet le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à la nécessité de mettre le tiers ou le souscripteur en demeure par un protêt avant d'agir contre les endosseurs garants du paiement à l'échéance. L'acte que

nous voulons, c'est une sommation qui jouera, en matière civile, le rôle qui appartient au protêt en matière commerciale. Il ne s'agit pas de poursuivre le débiteur comme au cas de discussion, mais simplement de constater que, requis de payer, il n'a pas satisfait à son obligation.

240. Le cautionnement étant un contrat accessoire, l'obligation qui en résulte nécessairement a sa cause dans l'obligation principale, et se trouve ainsi subordonnée à son existence. Le cautionnement ne peut donc exister avec effet que sur une obligation valable. V. art. 2012, al. 1, mais bien entendu qu'on doit voir une obligation valable même dans une simple obligation naturelle.

240 *bis*. I. Le Code commence, dans l'article 2012, à indiquer les principales conséquences du caractère d'obligation accessoire que nous avons reconnu à l'obligation de la caution.

Il n'est pas besoin d'explication sur la règle même qui est posée par l'article 2012, elle se justifie d'elle-même, et les exemples abondent d'obligations qui ne peuvent être garanties par un cautionnement parce qu'elles ne sont pas valables. Nous citerons les obligations sans cause, celles qui ont un objet illicite, une chose hors de commerce, les dettes de jeu, pour lesquelles la loi refuse toute action en justice.

Ce qui présente une certaine difficulté, c'est la détermination précise de ce que la loi entend par une dette valable, puis ensuite l'intelligence de l'exception que contient le second paragraphe de l'article.

240 *bis*. II. D'abord, qu'entendre par obligation valable, et quelles obligations sont exclues par cette expression?

Sans contredit, la loi exclut celles que nous venons de citer. Mais doit-on y joindre les obligations naturelles? Dans un sens, elles sont valables; le droit civil leur reconnaît un effet; elles peuvent être valablement payées; pourquoi ne pourrait-on pas prendre l'engagement de les payer? Les Romains admettaient le cautionnement des obligations naturelles, et rien n'indique que le Code civil ait modifié sur ce point la théorie. Le cautionnement de ces obligations aura un but qu'il n'a pas d'ordinaire, non-seulement il protégera le créancier contre le risque résultant de l'insolvabilité du débiteur, mais il le garantira en outre contre le préjudice

que lui causerait la disposition de la loi qui le prive d'une action en justice, tout en reconnaissant qu'il est réellement créancier.

241. La validité du cautionnement dépendant de celle de la dette principale, il s'ensuit qu'en principe, les causes de nullité ou de rescision qui s'appliquent à l'obligation principale s'appliquent par là même à celle de la caution.

Si pourtant la cause de nullité de l'obligation principale est purement personnelle, c'est-à-dire uniquement fondée sur le privilège ou l'incapacité de la personne, comme en cas de minorité, il est possible que ce soit précisément en vue de l'incapacité, et pour mettre le créancier à l'abri de l'exception qu'elle devait fournir, que la caution soit intervenue. Bien plus, comme la caution n'a pas dû ignorer l'incapacité du débiteur, il est naturel de lui présumer cette intention.

De là on doit conclure que l'engagement de la caution est en général valable. C'est sans doute ce que la loi a voulu dire, en déclarant que l'on peut en pareil cas cautionner l'obligation. V. art. 2012, al. der., et à ce sujet, art. 1124.

Voyez au surplus *Ulp.*, L. 13, D. *de min.; Sever.* et *Ant.*, L. 1 et 2, Cod., *de fidej. min.;* v. pourtant *Scævol.;* L. 89, D. *de acq. vel om. her.* Voyez aussi *Ulp.*, L. 25, D. *de fidej.;* L. 6, *de verb. obl.; Gaius*, L. 70, § 4, *de fidej.*, et à ce sujet *Paul*, L. 46, D. *de obl.* et *act.*

241 *bis*. I. La disposition du second paragraphe de l'article 2012 se rattache à la solution que nous venons de donner sur les obligations naturelles. Quand le débiteur peut faire annuler la dette pour cause de minorité, il est, nous l'avons dit au tome V, n° 174 *bis*. IV, engagé dans les liens d'une obligation naturelle; il n'est tenu que s'il reconnaît lui-même la validité de son engagement; il peut, en un mot, ratifier son obligation; or, que fait celui qui cautionne une semblable obligation? il la ratifie en ce qui le concerne, il autorise le créancier à agir contre lui s'il ne peut obtenir le paiement du débiteur, pour une raison quelconque, notamment parce que ce débiteur invoquerait la règle sur les obligations naturelles pour arrêter toute action en justice.

241 *bis*. II. L'exemple que nous fournit l'article 2012 nous fait

voir dans quel sens il a pris les termes exception personnelle. Il oppose les moyens de défense qui dépendent de l'appréciation propre du débiteur, et ceux qui dérivent de la nature du contrat ou de l'objet dû, ou même d'une cause d'extinction de la dette. Ces moyens existent en faveur de tout débiteur, tandis que ceux dont parle la loi supposent que le débiteur se trouve dans une condition particulière.

Le cas de minorité n'est pas le seul que la loi ait eu en vue, elle a certainement compris que les moyens tirés des autres incapacités auraient le même caractère de personnalité. Il faut dire de l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée, ou par un interdit dans un intervalle lucide, ce que l'article 2012 dit de l'obligation du mineur.

241 *bis*. III. Mais il faut aller plus loin ; toutes les fois que le contrat aura été vicié par l'erreur, le dol ou la violence, on doit reconnaître que son existence dépend de la libre et consciencieuse appréciation de la partie, qu'invoquer la nullité, c'est se servir d'un moyen personnel, et que, puisque le débiteur peut ratifier l'obligation, un tiers peut la cautionner, ce qui n'est pas faire autre chose que la ratifier en ce qui le concerne.

241 *bis*. IV. Dans les cas exceptionnels où la lésion vicie les contrats faits par des personnes capables, il faut encore dire qu'on se trouve en présence d'un vice de la volonté. Nous avons développé cette idée à propos de la rescision de la vente (1); et nous avons admis que la vente rescindable pour lésion peut être confirmée dans certaines conditions qui constituent la cessation du vice; nous avons exigé notamment que la confirmation fût faite gratuitement, La conséquence de notre doctrine sur ce point doit être que l'obligation du vendeur peut être cautionnée, car c'est une ratification en ce qui concerne la caution, et comme elle est gratuite, il n'y a pas moyen d'y rencontrer le vice qui infecte la vente et qui n'est autre que la violence morale que le vendeur est présumé subir quand il agit sous l'empire d'un absolu besoin d'argent.

241 *bis*. V. Dans les différents cas que nous venons d'examiner, c'est-à-dire toutes les fois que le cautionnement sera comme une confirmation d'un acte, il faudra bien supposer que le cautionnement a été consenti par la caution en connaissance de cause. D'abord

(1) V. t. VII, n° 120 *bis*. V et VI.

c'est là une des conditions essentielles de la confirmation (art. 1338), la partie doit connaître le vice de l'acte qu'elle confirme; en outre, si la caution ignorait l'existence de ce vice, elle aurait commis une erreur des plus graves sur l'objet de son obligation, car, nous l'avons dit, dans ces diverses hypothèses, elle subit une double chance d'être poursuivie; elle ajoute au risque ordinaire de l'insolvabilité du débiteur principal un risque plus grand encore, celui de la non-confirmation du contrat par le débiteur principal; elle accepte d'être débitrice si le débiteur ne veut pas l'être.

241 *bis*. VI. Ce danger, d'ailleurs, sera aggravé dans un certain nombre de cas par cette circonstance que la caution, après avoir payé, n'aura pas de recours contre le débiteur. Nous ne disons pas dans toutes les hypothèses, parce qu'il nous faut faire des distinctions suivant les espèces. Nous pouvons tout d'abord dégager un nombre considérable d'hypothèses dans lesquelles le recours n'existe pas. Ce fait se produira quand la caution se sera obligée sans l'ordre du débiteur principal; son recours, en effet, ne peut être fondé que sur la gestion d'affaires; or, l'affaire n'a pas été gérée utilement, puisque le débiteur avait un moyen légal pour ne pas payer la dette. Par la même raison, la caution ne pouvait pas se prétendre subrogée dans les droits du créancier; celui-ci n'avait pas d'action ou n'avait qu'une action que le défendeur pouvait repousser en invoquant la nullité du contrat.

241 *bis*. VII. Si nous songeons maintenant aux cas où le débiteur aura donné à la caution mandat de le cautionner, nous pourrons trouver quelques cas où le recours existera, mais bien d'autres où il ne pourra être exercé. En effet, la plupart du temps, le mandat sera infecté du même vice que le contrat qui a donné naissance à l'obligation annulable. C'est ce qui se produira quand une femme mariée, un mineur, un interdit auront, pendant que leur incapacité durait encore, prié la caution de s'obliger.

241 *bis*. VIII. Mais si l'incapacité a cessé quand le mandat de cautionner a été donné, ce mandat est valable, et l'action *mandati contraria* en pourra résulter. Quand l'obligation est annulable à raison d'un vice du consentement, des distinctions sont nécessaires selon la nature du vice. S'agit-il de l'erreur sur la substance, tant que cette erreur subsiste, le mandat de cautionner ne peut pas être donné sans être entaché du même vice; il en est de même du vice de violence; quant au vice de dol, nous n'en dirons pas autant, parce

que le dol est un vice relatif et non pas absolu, il produit des effets *in personam* et non pas *in rem;* autrement dit, il faut que les manœuvres qui constituent le dol aient été pratiquées par le cocontractant. Or, il y a ici deux contrats, partant deux parties adverses différentes; le contrat principal est annulable pour cause de dol, mais le mandat ne saurait être annulé, parce que ce n'est pas le mandataire qui a commis le dol pratiqué par le créancier principal.

241 *bis*. IX. Il faut faire une observation analogue pour tempérer notre solution à l'égard de la violence. Il est vrai que la violence est un vice *in rem,* mais encore faut-il que les actes de violence aient été commis dans le but de déterminer la partie à contracter (1). Dans un certain nombre d'hypothèses, les actes n'auront pas eu pour but de déterminer la partie violentée à donner mandat à une caution, alors le mandat serait valable. Souvent, au contraire, la personne qui aura commis ces actes aura imposé à la victime de la violence la nécessité de fournir caution, alors le mandat sera infecté du même vice que le contrat principal, et le mandataire n'aurait pas l'action en recours.

Il faut reconnaître, du reste, qu'on trouvera rarement une caution obligée valablement, mais privée du recours, à raison de ce que le mandat qu'elle a reçu est entaché du vice de violence ou de dol, puisque, d'après ce que nous avons dit plus haut, il faut pour que le cautionnement soit valable qu'il ait été donné par une personne qui connaissait le vice de l'acte principal.

241 *bis*. X. Dans l'hypothèse de la lésion, le vice pourra s'étendre jusqu'au contrat de mandat dans les cas où nous avons dit que les parties ne pourraient pas confirmer l'acte, parce que cette confirmation aurait été inspirée par la nécessité pressante d'être en possession d'une somme d'argent (2). Alors la caution sera tenue si elle a connu le vice de l'acte principal, mais elle n'aura pas de recours.

241 *bis*. XI. Nous avons cité au tome V des cas d'obligations naturelles (3) qui ne se rattachent pas à la théorie des obligations annulables; ainsi l'obligation prescrite, celle qui a été déclarée inexistante par un jugement ayant autorité de chose jugée; dans ces

(1) V. t. V, n° 20 *bis*.
(2) V. t. VII, n° 120 *bis*. V et VI.
(3) V. t. V, n° 174 *bis*. IV.

hypothèses la caution qui aura contracté en connaissance de cause sera liée et elle aura recours contre la partie qui lui aura donné mandat de cautionner; car le mandat n'est pas entaché d'un vice qui n'atteint même pas l'obligation principale que le débiteur pourrait lui-même reconnaître ou payer valablement. Il reste entendu que ce mandat, qui produit des effets entre le débiteur et la caution, n'en produit pas quant au créancier qui est un tiers par rapport à ce contrat, que par conséquent ce créancier n'a pas acquis une action contre le débiteur.

242. Le même principe qui subordonne à l'existence de l'obligation principale celle de l'obligation de la caution, ne permet pas davantage que le cautionnement excède la mesure de la dette. Il est évident, en effet, que, pour cet excédent, l'obligation de la caution serait sans cause. L'excès, au reste, existerait, soit que la caution promît une somme plus forte, soit qu'elle s'engageât sous des conditions plus onéreuses.

Rien ne s'oppose, au contraire, à ce que la caution, qui pouvait ne pas s'obliger du tout, s'oblige à moins que le débiteur principal, ou s'oblige sous des conditions moins onéreuses.

On doutait autrefois si, au cas d'excès, l'obligation de la caution ne devait pas être entièrement nulle (v. *Ulp.*, L. 8, § 7, D. *de fidej.*). Mais comme l'obligation n'est vraiment sans cause que pour l'excédent, le Code décide, avec raison, que le cautionnement est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. V. art. 2013; et remarquez que le cautionnement serait absolument sans cause, et devrait dès lors être entièrement nul, si la caution promettait, non pas plus, mais autre chose que le débiteur principal (v. *Javol.*, L. 42. D. *de fidej.*).

242 *bis*. I. L'article 2013 tire une nouvelle conséquence du caractère accessoire de l'obligation contractée par la caution, et il en sous-entend une autre, que nous devons présenter sous forme d'observation préliminaire.

Le cautionnement ne peut avoir pour objet une prestation différente de celle qui forme l'objet de l'obligation principale. Par

exemple, le débiteur doit un cheval déterminé, et la caution s'engage, en cas de non-paiement par le débiteur, à donner un autre cheval. Les Romains, qui raisonnaient sur un contrat de fidéjussion formé *verbis*, et qui ne pouvaient le valider que s'il était vraiment une fidéjussion, déclaraient nulle la promesse faite dans de telles conditions. Nous ne devons pas les suivre sur ce terrain. Certes, le contrat que nous venons de supposer n'est pas un cautionnement, parce que ce dernier contrat ne se conçoit que comme imposant subsidiairement à une personne la nécessité d'exécuter l'obligation d'une autre. Or, dans l'exemple sur lequel nous raisonnons, ce que le fidéjusseur paiera ne sera pas l'objet dû par le débiteur, donc en réalité il n'exécutera pas l'obligation de ce débiteur. Le contrat n'est donc pas un cautionnement, mais dans notre droit, où les parties peuvent inventer telle convention que bon leur semble, où la volonté est souveraine, où les contrats non classés n'en sont pas moins valables, il ne faut pas mettre en doute la validité de celui-là. C'est une promesse faite par Pierre de livrer le cheval *Éclair* si Paul ne livre pas le cheval *Espérance*. Convention qui crée une obligation principale conditionnelle subordonnée à la condition; si Paul n'exécute pas son obligation.

242 *bis*. II. Ce n'est pas une pure question de mots que nous venons d'agiter, car si le contrat qui nous occupe n'est pas un cautionnement, nous ne pouvons pas trouver au profit du débiteur subsidiaire Pierre, la base d'une subrogation légale contre l'autre débiteur. On ne peut pas dire, en effet, que Pierre était tenu avec Paul ou pour Paul, puisque les deux obligations étaient essentiellement distinctes l'une de l'autre. Par la même raison le paiement fait par Pierre n'éteindrait pas la dette de Paul, celui-ci pourrait toujours être poursuivi; mais alors, quand il aurait acquitté son obligation, Pierre aurait recours contre le créancier pour répéter ce qu'il lui aurait payé lui-même et qu'il se trouverait maintenant avoir payé sans cause.

242 *bis*. III. Telles sont les conséquences qu'on peut rigoureusement tirer de l'analyse que nous avons faite de la convention par laquelle une personne s'oblige à payer une chose si tel débiteur d'une autre chose n'acquitte pas son obligation. Il nous paraît cependant que cette déduction des principes ne tient pas assez compte de la volonté des parties. De ce qu'un contrat est innomé, il ne faut pas conclure, en droit français, qu'il ne peut pas produire les effets d'un

contrat nommé avec lequel il a une grande affinité dans la pensée des parties. Or, si les solutions auxquelles nous venons d'arriver peuvent se justifier en présence d'une convention qui ne montre aucunement le lien qui rattache la promesse du second débiteur à celle du premier, elles nous paraissent inadmissibles dans le plus grand nombre des hypothèses. Si la partie qui contracte la seconde obligation a exprimé la volonté de se porter caution, mais en promettant que pour l'exécution de son obligation de caution elle fournirait une chose autre que celle qui est due par le débiteur principal, n'est-il pas clair que cette partie n'a cherché qu'une facilité d'exécution, mais qu'elle a entendu que si elle livrait la chose qu'elle promettait, elle libérerait le débiteur principal, que partant elle aurait un recours contre celui-ci, et que tenue pour lui, elle aurait contre lui le bénéfice de l'article 1251-3?

242 *bis*. IV. Refuser à la convention ces différents effets, c'est la dénaturer complétement, c'est l'interpréter tout autrement que selon la commune intention des parties. Par conséquent, c'est violer la principale règle du Code civil sur l'interprétation des conventions. On dit, il est vrai, que le contrat de cautionnement est essentiellement accessoire du contrat principal et qu'il perd ce caractère si les deux obligations sont distinctes. N'est-il pas clair cependant que les parties sont maîtresses de donner plus ou moins de force au lien qui unit les deux obligations, et ne voit-on pas que dans la convention interprétée comme nous l'avons fait, il y a tout simplement une convention annexée au cautionnement par laquelle la caution et le créancier tombent d'accord sur ce point que le paiement à faire par le caution se résoudra en une dation en paiement? Or, la dation en paiement est autorisée par l'article 1243, lorsqu'il y a accord entre le créancier et le débiteur. Nous concluons de notre doctrine que le débiteur subsidiaire sera toujours libéré par les causes qui libéreront le débiteur principal, par exemple par la perte de la chose que doit celui-ci, mais nous concédons qu'il n'aurait pas le bénéfice de discussion, qui nous paraît accordé comme une faveur exceptionnelle aux seuls débiteurs qui ont contracté dans les conditions strictes dans lesquelles la loi conçoit le contrat de cautionnement.

242 *bis*. V. En revenant à la disposition même de l'article 2019, nous trouvons cette règle, que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. C'est la conséquence du caractère comparé des deux

dettes, *non plus in accessione potest esse quam in principali re* (1). On peut voir, dans le paragraphe des Institutes qui nous fournit cette formule explicative de la règle, des exemples de stipulations par lesquelles le cautionnement excéderait ce qui est dû, ou serait contracté sous des conditions plus onéreuses que celles de l'obligation principale; ainsi la caution promet 10,000 francs, tandis que le débiteur n'en doit que 5,000 francs, ou bien elle promet à un terme plus rapproché, elle promet purement quand le débiteur doit sous condition.

242 *bis*. VI. Dans ces divers cas ou d'autres semblables, on aura violé la règle de l'article 2013, 1er alinéa, dont la sanction est indiquée par le 3e alinéa. L'obligation de la caution est réductible dans la mesure de l'obligation principale. C'est une décision contraire au droit romain, qui annulait pour le tout l'obligation du fidéjusseur (2). Cette solution se rattachait au caractère *stricti juris* de l'action *ex stipulatu* qui naissait de la fidéjussion; elle doit être abandonnée dans notre droit où les conventions sont interprétées *ex æquo et bono* et plutôt dans le sens de leur validité que de leur nullité.

242 *bis*. VII. Le principe de la réduction des engagements contractés à titre de cautionnement et qui excèdent l'obligation principale, est donc des plus raisonnables. Mais il présente des difficultés dans son application aux divers cas d'excès.

Il y a des cas où la réduction de l'obligation s'opérera facilement : si l'excès porte sur le chiffre de la quantité promise, rien de plus simple, la caution ne devra que la somme ou la quantité due par le débiteur; si elle a un terme plus court, elle bénéficiera du terme plus long; si elle a promis purement et le débiteur sous condition, l'obligation de la caution sera soumise à la même condition que celle du débiteur.

242 *bis*. VIII. Mais on peut être plus embarrassé quand la différence entre les deux obligations porte sur ce que l'une d'elles est alternative et l'autre pure. En examinant les diverses hypothèses possibles, nous allons voir ce qui fait la difficulté et comment il faut la résoudre.

1° Le débiteur doit une seule chose, et la caution a promis cette

(1) *Instit.*, l. III, t. XX, § 5.

(2) V. l. 8, § 7, D. *de fidejussoribus,* et M. Accarias, *Précis du droit romain,* t. II, p. 361.

chose ou une autre sous l'alternative. Cette caution doit alors sous un certain point de vue *plus* et sous un autre *moins* que le débiteur principal. Elle doit plus en ce qu'elle a moins de chance d'être libérée par la destruction fortuite de l'objet de son obligation; elle doit moins puisque, ayant le choix entre deux choses (art. 1190), elle pourra payer une chose ayant moins de valeur que celle qui est due principalement.

On ne peut donc pas ramener l'obligation de la caution à une obligation pure et simple, parce qu'il en résulterait la perte du droit de choisir. Il faut supprimer ce que son obligation a de plus onéreux que celle du débiteur, tout en laissant substituer ce qu'elle a de plus avantageux. On atteindra ce double but en convertissant l'obligation alternative en une obligation facultative (1), la caution ne sera toujours débitrice que de la chose due principalement, mais elle aura la faculté de se libérer en donnant l'autre.

242 *bis*. IX. Nous avons supposé que le choix avait été réservé à la caution; si dans la même hypothèse le choix avait été donné au créancier, l'application de l'article 1013 aurait pour conséquence de supprimer l'alternative et de rendre l'obligation de la caution pure et simple comme celle du débiteur.

242 *bis*. X. Examinons le cas inverse : le débiteur a promis deux choses sous l'alternative, et la caution une des deux choses seulement. La caution a l'avantage de la chance de libération par la perte de la chose unique qu'elle a promise, mais au cas où le débiteur a le choix, il a sur elle l'avantage de pouvoir donner la moindre des deux choses qui n'est peut-être pas celle qu'a promise la caution. Pour assurer à la caution cet avantage, tout en laissant son obligation porter exclusivement sur la chose qu'elle a promise, il faut rendre facultative son obligation en lui donnant la faculté de payer la seconde chose comprise dans l'alternative par rapport au débiteur principal. Nous dirons dans cette hypothèse comme dans la précédente que si le choix appartient au créancier, il n'y a pas lieu de dénaturer l'obligation de la caution, qui en elle-même est moins onéreuse que celle du débiteur principal.

243. Si le cautionnement suppose nécessairement l'existence d'un débiteur principal, ce n'est pas à dire pour cela que

(1) V. t. V, n° 115 *bis*. II.

le consentement de ce débiteur soit exigé pour la perfection du contrat qui doit lier la caution envers le créancier. Bien plus, ce consentement n'est pas même nécessaire pour assurer à la caution son recours contre le débiteur, auquel le cautionnement ne peut que profiter. Sous l'un comme sous l'autre point de vue, il est donc vrai de dire qu'on peut se rendre caution sans l'ordre du débiteur principal, et même à son insu. V. art. 2014, al. 1. Nul doute même qu'on puisse, malgré le débiteur, et contre sa défense, s'engager comme caution envers le créancier.

243 *bis*. Nous l'avons déjà dit, la caution peut s'être engagée en vertu d'un mandat reçu du débiteur, ou comme gérant d'affaires, elle peut même avoir promis malgré lui, car elle aurait pu payer dans les mêmes conditions; ce fait n'aura pas d'influence sur la valeur du cautionnement dans les rapports avec le créancier, il ne sera pas du reste sans influence sur les rapports de la caution avec le débiteur principal; c'est ce que nous expliquerons quand nous traiterons du recours de la caution (1).

244. La dette même d'une caution peut être considérée comme obligation principale par rapport au tiers qui consentirait à la cautionner. Ainsi l'on peut se rendre caution non-seulement du débiteur principal, mais encore de la caution. V. art. 2014, al. dernier.

244 *bis*. Cette caution de caution (*fidejussor fidejussoris*) porte, dans la pratique française, le nom de *certificateur* (art. 135, C. Pr.).

245. Le cautionnement est, en général, un acte de bienfaisance, au moins envers le débiteur; pas plus donc qu'une libéralité proprement dite, il ne doit se présumer, ni par conséquent s'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. V. art. 2015; v. à ce sujet *Paul*, I, 68, § 1, D. *de fidej.*

246. Cette règle toutefois n'empêche pas d'attribuer au cautionnement l'étendue que comportent les termes employés, et que les parties ont dû raisonnablement vouloir lui attribuer.

(1) V. n° 259 *bis*.

Ainsi les accessoires, comme le principal, étant en général compris dans une obligation, celui qui la cautionne *indéfiniment*, c'est-à-dire sans limitation spéciale, doit être censé avoir voulu cautionner aussi les accessoires. Les frais que le créancier est obligé de faire pour obtenir son paiement se rangent naturellement parmi ces accessoires; et comme il est naturel qu'il s'adresse d'abord au débiteur principal, les frais mêmes de la demande formée contre celui-ci peuvent être exigés de la caution. Quant aux frais postérieurs, que la caution aurait peut-être évités en payant si elle eût été prévenue, elle ne les doit pas si la demande ne lui a pas été dénoncée; mais elle doit naturellement ceux qu'elle a laissé faire depuis la dénonciation. V. art. 2016.

246 *bis*. Parmi les accessoires de l'obligation principale qui sont mis à la charge de celui qui a cautionné une dette d'une façon indéfinie, c'est-à-dire sans limitation spéciale de la somme à payer, il faut placer certainement les intérêts conventionnels de la somme principale. Quant aux intérêts moratoires, ils ne sont pas l'objet direct de la convention, ils ne sont pas dus uniquement par le fait de cette convention; ce sont des dommages et intérêts fondés sur le retard; or le retard nous paraît un fait personnel, par conséquent nous pensons que le simple fait d'avoir mis le débiteur en demeure par une citation en justice (art. 1153) ne produit pas le même effet à l'égard de la caution, que par conséquent les intérêts ne courent pas contre elle tant qu'on ne l'a pas personnellement assignée. Cette décision nous paraît absolument conforme à l'esprit de l'article 1153, qui ne veut pas que la dette s'accroisse d'une dette d'intérêts à l'insu du débiteur. La caution souffrirait de l'ignorance dans laquelle elle aurait été tenue sur les intentions du créancier. Nous n'apercevons contre cette décision qu'une objection qui pourrait être fondée sur l'article 1207, mais il s'agit dans cet article des codébiteurs solidaires plus rigourement liés ensemble que le débiteur et la caution, et l'exception qui les régit ne saurait être étendue.

247. Quoique le cautionnement soit, sous certains rapports, un acte de bienfaisance, on ne peut considérer comme telle l'exécution de l'engagement une fois pris envers le créan-

cier; on applique donc ici la règle générale qui fait succéder les héritiers aux engagements de leur auteur. Cette règle cependant recevait exception pour la contrainte par corps, à laquelle la caution était quelquefois soumise (v. 2010, al. dernier; 2060-5°); car la liberté de la personne ne peut jamais être engagée par le fait d'autrui. V. art. 2017; *Just.*, Inst., § 2, *de fidej.*

247 *bis.* La contrainte par corps est abolie en matière civile par la loi de 1867; l'exception à laquelle l'article 2017 soumettait sa règle n'existe donc plus. Quant à la règle en elle-même, elle est l'application du principe très-large en vertu duquel les héritiers succèdent aux obligations de leurs auteurs; et il faut bien convenir que la sûreté fondée sur le cautionnement serait bien illusoire si l'engagement du fidéjusseur s'éteignait à sa mort. Le Code ne s'est exprimé sur ce point qu'à l'imitation de Pothier, qui imitait les Institutes de Justinien, et Justinien lui-même avait transcrit une partie du texte de Gaïus, où cette remarque faisait partie d'une comparaison entre l'obligation des *fidejussores* et celle des *sponsores* ou des *fidepromissores*, qui étaient libérés par leur mort (1).

248. A l'occasion de l'étendue du cautionnement, la loi règle ici celle de l'obligation de fournir caution. Cette obligation consiste à procurer au créancier l'engagement d'une tierce personne, que le débiteur doit à cet effet présenter, pour être reçue, soit volontairement, soit en justice (v. à ce sujet C. Pr., art. 517-522). Le but qu'on se propose dans l'établissement de cette obligation ne serait évidemment pas rempli, et la caution offerte pourrait être refusée, si l'engagement de cette caution n'était de nature à produire certitude et facilité du paiement. A cet effet, la caution doit être capable de contracter, et solvable, eu égard à l'objet de l'obligation principale. Il faut, de plus, pour la facilité des poursuites, que le domicile de la caution ne soit pas trop éloigné; la loi exige en conséquence qu'il soit dans le ressort de la cour d'appel où la caution *doit être donnée.* V. art. 2018.

(1) V. *Instit.*, liv. III, t. XX, § 1. Gaius, Com. III, § 120.

248 *bis*. I. Ici se termine ce qui concerne la formation du contrat de cautionnement. Cependant tout n'est pas dit sur les difficultés qui peuvent naître à propos de la constitution d'un cautionnement. La fin du chapitre traite des qualités que doit réunir une personne, non pas pour donner un cautionnement valable, mais pour que son engagement satisfasse à l'obligation de fournir caution.

Le cautionnement en effet n'est pas toujours donné spontanément, et par une convention exécutée au moment même où elle vient d'être faite. Il est souvent l'exécution d'une obligation préexistante, l'obligation de donner caution; soit qu'un débiteur ait pris un tel engagement en contractant, soit que la loi ou la justice oblige une personne à donner caution. Nos articles supposent une caution promise. Nous trouverons plus tard des règles analogues sur les cautions légales ou judiciaires.

248 *bis*. II. Les règles sur les qualités que doit réunir la caution offerte en exécution de l'obligation de fournir caution se réduisent à ceci : il faut que le cautionnement donne au créancier une garantie sérieuse. Pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que la caution soit capable et solvable; la loi veut en outre que les poursuites contre elles puissent être facilement exercées. C'est pour cela que la loi autorise à refuser une caution qui serait domiciliée hors du ressort de la Cour d'appel, la garantie paraît alors moins sérieuse à cause de la difficulté pratique de poursuivre résultant de l'éloignement.

248 *bis*. III. Ce qui n'apparaît pas très-clairement dans le texte de l'article 2018, c'est la détermination de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle doit être domiciliée la caution offerte. On lit en effet que c'est le ressort de la Cour où la caution *doit être donnée*. Mais où doit-elle *être donnée?* La réponse est simple quand il s'agit d'une caution qui est fournie en vertu d'un jugement, ce qui se produira d'abord quand la caution est judiciaire, et ensuite quand il s'agit d'une caution légale ou d'une caution promise par convention qui n'aura pas été fournie spontanément et que la justice condamnera la partie à fournir (1). Dans ces cas, il y a un lieu déterminé où l'engagement de la caution doit être pris ou par conséquence la *caution est donnée*. C'est le greffe du tribunal qui a rendu le jugement ordonnant de fournir caution (art. 517, 519, C. Pr.). Le plus ordinai-

(1) V. M. Colmet Daâge, *Procédure civile*, t. II, p. 152. Édit. 1879.

rement ce tribunal sera celui du domicile du débiteur, puisque c'est lui qui aura promis de donner caution et qu'actionné en exécution de cette obligation, il sera cité devant son tribunal (*actor sequitur forum rei*); de même quand une personne qui doit une caution légale ne l'aura pas donnée, il faudra bien la poursuivre, en vertu de cette obligation, devant le juge de son domicile. Cependant, il pourra bien arriver que le tribunal saisi ne soit pas celui du domicile de la personne qui doit donner caution; quand il s'agira d'une caution judiciaire, c'est quelquefois un demandeur qui donne caution en vue d'exécuter provisoirement le jugement (art. 135, C. Pr.); le tribunal, en pareil cas, sera celui du domicile du défendeur au profit de qui la caution est fournie. Dans tous ces cas, la dation de caution est considérée comme faisant partie des actes d'exécution du jugement, et c'est pour cela que les procédures auxquelles elle donne lieu sont faites devant le tribunal qui a rendu le jugement.

248 *bis*. IV. Ce sont évidemment ces hypothèses qui se sont présentées à l'esprit du législateur, quand il a, par les termes de l'article 2013, en quelque sorte *localisé* l'opération conventionnelle par laquelle une caution s'engage. En principe, le lieu où se passe un contrat est indifférent, et il n'est pas exact de dire qu'une convention ait besoin d'être faite plutôt dans un lieu que dans un autre. Le cautionnement, en particulier, n'aura ni plus ni moins d'effet pour avoir été donné, c'est-à-dire *contracté*, à Paris plutôt qu'à Marseille. Il n'y a donc pas, en dehors des cas que nous avons examinés, de lieu où le cautionnement *doit être donné*. Quand une caution promise conventionnellement ou une caution légale se sera engagé dans un pays quelconque envers le créancier, il est clair que l'obligation de donner caution aura été remplie. Seulement, il faut remarquer que le cautionnement, étant un contrat, ne peut résulter que de l'accord des volontés de celui qui s'oblige comme caution et du créancier. Alors, si le contrat a été formé, la question de savoir dans quel ressort de Cour d'appel doit être domiciliée la caution ne se présentera pas, puisque le créancier aura accepté celle avec qui il contractait.

248 *bis*. V. Si cet accord ne s'est pas produit, peut-être à cause du domicile de la caution offerte, il faudra que le créancier agisse contre celui qui doit fournir la caution pour le faire condamner à présenter une caution réunissant les conditions exigées par l'article 2018, alors il agira forcément devant le tribunal du défendeur,

et nous nous retrouverons dans les hypothèses que nous avons examinées au nº 248 *bis*.

249. Un débiteur est solvable quand ses biens, de quelque nature qu'ils soient, sont suffisants pour l'acquittement de ses dettes; mais la fortune mobilière étant en général facile à dissiper, la loi, qui interprète toujours l'obligation de fournir caution dans le sens le plus favorable au créancier, veut que la solvabilité de la caution s'estime uniquement eu égard à ses propriétés foncières. Toutefois, le crédit des commerçants ne consistant point ordinairement en immeubles, la règle reçoit exception en matière de commerce. En outre, dans tous les cas, la modicité de la dette autorise à s'en éloigner. V. art. 2019, al. 1.

250. Toujours dans le même esprit, les immeubles mêmes ne pourraient être pris pour base de la solvabilité : 1º s'ils étaient litigieux, car alors la sûreté exigée serait subordonnée aux lenteurs et aux incertitudes d'un procès; 2º si leur situation, qui détermine le tribunal où l'expropriation serait poursuivie, devait, par son éloignement, rendre la discussion trop difficile. V. art. 2019, al. dernier.

250 *bis*. I. Quand l'article exclut les immeubles litigieux du nombre de ceux d'après lesquels pourra être appréciée la solvabilité, elle ne détermine pas d'une manière limitative le sens du mot litigieux; par conséquent, quelle que soit l'opinion qu'on admette sur l'article 1700, qui semble exiger pour qu'un droit soit litigeux qu'il y ait procès et contestation sur le fond du droit, il faut reconnaître au tribunal, juge de la solvabilité d'une caution, le pouvoir de ne pas tenir compte du droit sur un immeuble à l'égard duquel il existerait un juste sujet de crainte d'être troublé (v. art. 1653).

250 *bis*. II. Quant aux immeubles grevés d'hypothèques ou de droits d'usufruit, ils ne sont pas exclus en principe du calcul que doit faire le juge. Mais il appartient à celui-ci d'apprécier si malgré les charges qui les grèvent ils constituent un élément suffisant de solvabilité. Cela dépend évidemment de l'importance des créances hypothécaires et des chances plus ou moins grandes d'extinction prochaine de l'usufruit.

250 *bis*. III. La loi exige en outre que les immeubles ne soient pas

situés au loin; ceci se rattache à la nécessité d'assurer au créancier une assez grande facilité de poursuites. Il n'y a pas, du reste, de règle fixée pour déterminer ce qu'il faut entendre par une situation trop éloignée. C'est affaire d'appréciation. L'article ne détermine pas comme le précédent une certaine circonscription, le ressort de Cour d'appel, hors de laquelle la situation serait trop éloignée; elle n'exige pas que le bien soit situé à l'étranger pour être réputé situé trop loin; elle s'en remet à la décision des tribunaux qui auront à prendre en considération toutes les circonstances, par exemple la facilité ou la difficulté des communications.

250 *bis*. IV. Si le Code veut que la caution offerte soit propriétaire d'immeubles, c'est uniquement qu'elle voit dans ce fait le signe de la solvabilité, mais ce n'est pas qu'elle veuille accorder au créancier un droit réel immobilier à côté du droit personnel qui naît du contrat de fidéjussion, le seul que le créancier se soit fait promettre. Les immeubles de la caution ne doivent donc pas être hypothéqués par elle, à moins qu'il ne soit intervenu sur ce point une convention particulière.

250 *bis*. V. Il ne faudrait même pas croire que dans le cas où la caution s'oblige par une soumission au greffe (art. 519 et 522 C. Pr.), cet acte entraîne par lui-même hypothèque sur les biens de la caution. On ne se trouve pas en effet dans les hypothèses où l'article 2123 établit l'hypothèque judiciaire, car elle ne résulterait pas d'un jugement de condamnation; le jugement, s'il en a été rendu un, condamne le débiteur à donner caution et non pas la caution à s'obliger ou à payer. Quant à la soumission elle-même, si, parce qu'elle est faite au greffe, on peut la qualifier d'acte judiciaire, ce n'est pas une raison pour qu'elle entraîne hypothèque, car, s'il ressort bien de l'article 2117 que l'hypothèque peut résulter des actes judiciaires, il n'est pas dit dans cet article que tous les actes judiciaires emportent hypothèque; c'est un point que nous avons traité au titre des hypothèques sur l'article 2123 (1).

Nous ferons remarquer que si notre solution expose le créancier à n'avoir pas de recours utile contre la caution, lorsque postérieurement à son admission, celle-ci créerait des hypothèques sur ses immeubles, c'est un accident que la loi prévoit et auquel elle essaye de porter remède dans l'article 2020.

(1) V. t. IX, n° 87 *bis*. I et II.

251. La sûreté qui doit résulter du cautionnement étant considérée, en général, comme condition essentielle du crédit ou des avantages quelconques accordés au débiteur tenu de fournir caution, celui-ci n'est pas même entièrement quitte de son obligation, lorsqu'il en a fourni une ayant les qualités requises, si elle vient à les perdre avant l'acquittement de l'obligation principale. Ainsi, l'insolvabilité postérieure de la caution oblige le débiteur a en fournir une autre. Cette règle s'applique également au cas d'acceptation volontaire et à celui d'acceptation en justice; car, dans l'un comme dans l'autre, le débiteur ayant eu la présentation de cette caution, que le créancier ne pouvait refuser si elle avait alors les qualités requises, on ne peut dire que celui-ci ait librement restreint à l'engagement de cette caution la sûreté qui lui était due. Mais il en est autrement, lorsque c'est le créancier lui-même qui, dans le principe, avait exigé telle personne pour caution. Dans ce cas donc, mais dans ce cas seulement, l'insolvabilité de la caution n'obligerait pas à en fournir une autre. V. art. 2020.

251 *bis*. I. L'article 2020 doit d'abord être étudié comme une disposition se rattachant aux articles qui le précèdent immédiatement; c'est-à-dire qu'il a d'abord et certainement en vue le cas où la caution a été fournie en exécution d'une obligation conventionnelle légale ou judiciaire de donner caution.

Dans ce cas, l'article 2020 ne présente pas de difficultés, le débiteur devait procurer une garantie permanente et non pas une garantie existant seulement au moment de contrat du fidéjussion. Quand la caution devient insolvable, la garantie n'existe plus et l'obligation de fournir caution n'est pas exécutée. Voilà pourquoi le débiteur doit fournir une autre caution.

251 *bis*. II. Cette obligation pèse sur le débiteur, soit que la caution ait été reçue volontairement, soit qu'elle ait été reçue en justice. Cette alternative vise toujours le cas d'une caution donnée en vertu d'une promesse, ou de la loi ou d'un jugement. Elle a été reçue volontairement, lorsque la partie obligée est tombée d'accord avec le créancier sur la personne qu'elle lui présentait; en justice quand il y a eu contestation soit sur l'obligation de fournir caution, soit sur les qualités de la caution présentée. Ces diverses circon-

stances, dans lesquelles la caution s'est engagée, ne changent rien aux droits du créancier, parce que la caution a toujours été donnée en vertu d'une obligation préexistante de fournir caution.

Même dans ce cas d'obligation préexistante, la règle de l'article ne s'appliquera pas, et une nouvelle caution ne devra pas être fournie, si l'obligation de donner caution avait porté sur une personne déterminée dont le créancier avait exigé qu'on lui promît l'accession.

251 *bis*. III. Il sera toujours difficile de se placer dans l'exception prévue par l'article 2020. Comment démontrer que le créancier a *exigé* le cautionnement de telle personne déterminée? Si le débiteur s'est obligé à donner son père pour caution, le créancier a-t-il accepté une proposition ou imposé sa volonté? L'acte ne constatera presque jamais cette circonstance, et il sera impossible de démontrer l'exigence du créancier; car faire cette preuve, ce serait prouver outre le contenu à l'acte passé entre les deux parties. La distinction que la loi a faite et qu'elle a en effet voulu faire, ainsi que l'atteste la discussion au conseil d'État, est bien peu pratique, et dans la presque unanimité des hypothèses, le débiteur sera forcé de donner une nouvelle caution, car il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que dans l'acte qui constate l'obligation de fournir caution, on eût eu le soin d'indiquer que le créancier a exigé l'engagement de telle personne déterminée. Cette mention ne se rencontrera jamais dans l'acte, parce que le créancier, qui en comprendra la portée, refusera toujours de la laisser insérer.

251 *bis*. IV. L'article a particulièrement en vue les cautions promises ou dues en vertu de la loi ou d'un jugement; cependant sa solution peut être étendue aux cautions données par la convention même qui crée la dette principale. En effet, on n'aperçoit pas de différence entre la promesse de donner pour caution une personne déterminée et le fait de donner une personne déterminée pour caution dans l'acte même qui crée la dette principale; la différence que la loi fait entre la caution acceptée et la caution exigée se conçoit aussi bien dans les deux cas, et c'est à cette distinction que les rédacteurs du Code ont manifesté l'intention de subordonner la décision qu'ils donnaient sur le droit de demander dans certaine éventualité une nouvelle caution.

251 *bis*. V. Au reste, en réservant l'observation critique que nous avons faite sur le peu de valeur pratique de la faveur qu'ac-

corde le texte au débiteur quand la caution a été exigée, nous devons faire remarquer que sa décision principale, contenue dans le 1er alinéa de l'article, est en harmonie avec une autre décision donnée en un cas analogue, lorsque la garantie consiste dans une hypothèque et que l'immeuble hypothéqué vient à périr (v. art. 2131) (1).

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

252. L'effet du contrat de fidéjussion qui intervient entre le créancier et la caution est, comme on l'a vu dès le principe, d'obliger la caution à satisfaire à l'obligation du débiteur : mais comme cet engagement, qui ne tend nullement à décharger celui-ci, n'est contracté qu'en vue du cas où il n'y satisferait pas lui-même, il semble naturel de n'astreindre le fidéjusseur au paiement qu'après discusion du principal obligé. Tel est l'objet du bénéfice, appelé de *discussion,* en vue duquel on peut dire, avec la loi, que la caution n'est obligée qu'à défaut du débiteur, et que celui-ci doit être préalablement discuté dans ses biens. Toutefois, cette discussion ne constitue pas une condition suspensive de l'action du créancier; c'est seulement l'objet d'un moyen de défense que la loi accorde en général à la caution, sous certaines conditions. Bien plus, ce bénéfice lui-même n'est pas de l'essence du cautionnement, et la caution peut y renoncer. C'est notamment ce qu'elle est censée faire quand elle s'engage solidairement avec le débiteur; auquel cas elle ne diffère aucune-

(1) V. t. IX, n° 98 *bis*. I.

ment, dans ses rapports avec le créancier, d'un véritable débiteur solidaire. V. art. 2021, et à ce sujet, *Just.*, Nov. 4, ch. 1.

252 *bis*. I. L'effet du cautionnement entre le créancier et la caution est de lier la caution envers le créancier, et dès lors il semblerait qu'il suffit de s'en référer aux principes généraux de la matière des obligations.

On ne trouverait pas ainsi la véritable situation que la loi fait aux cautions; leur obligation est moins rigoureuse que celle des débiteurs proprement dits. La loi d'abord apporte à la rigueur de leur obligation deux tempéraments qu'on qualifie habituellement de *bénéfices*, pour indiquer que ce sont des dérogations favorables aux règles générales qui régissent les obligations. Ce sont : le *bénéfice de discussion* et le *bénéfice de division*.

252 *bis*. II. Le *bénéfice de discussion* est une conséquence du caractère accessoire de l'obligation du fidéjusseur. Il consiste dans le droit d'exiger que le créancier fasse au préalable, avant de contraindre la caution à payer, procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal. Puisque la caution a seulement promis de satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas, il est naturel que le créancier épuise tous les moyens qui lui appartiennent contre le débiteur avant d'agir contre la caution.

252 *bis*. III. L'article 2021 pourrait du reste induire en erreur sur l'importance du droit à la discussion. Le texte tendrait à faire croire que la discussion est une nécessité pour le créancier et non pas un bénéfice pour le fidéjusseur, car on lit que le débiteur doit être préalablement discuté; c'est là une exagération d'expression, l'article suivant nous le démontre clairement. Il faut que la caution requière la discussion, et les conditions auxquelles l'article 2023 subordonne le droit de cette caution, rendent nécessaire cette réquisition en même temps qu'elles donneront quelquefois à la caution intérêt à ne pas exiger cette discussion. Ainsi apparaît très-nettement le caractère exceptionnel du droit de la caution, ce qui fait qu'il est un tempérament, un bénéfice. La caution est un débiteur, elle peut être poursuivie; mais elle a le droit de détourner les poursuites sur le débiteur principal, quand elle trouve son intérêt à le faire.

252 *bis*. IV. La question que nous venons d'examiner ne se confond pas avec celle que nous avons agitée plus haut, qui a trait

au point de savoir si le débiteur doit mettre en demeure le débiteur avant de poursuivre la caution. Autre chose est, en effet, discuter le débiteur, autre chose lui adresser une simple mise en demeure (1).

252 *bis*. V. Le principe qui attribue au fidéjusseur le bénéfice de discussion reçoit quelques exceptions : 1° si la caution y a renoncé; 2° si c'est une caution judiciaire; 3° si elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. Nous établirons plus tard, quand nous aurons étudié tous les effets du cautionnement, en quoi la caution solidaire diffère de la caution ordinaire, et en même temps ce qui la distingue du débiteur solidaire.

253. Le créancier n'étant pas tenu de plein droit à la discussion du débiteur, et la caution pouvant toujours renoncer au bénéfice établi en sa faveur, la négligence à l'opposer en emporterait naturellement déchéance. Cette déchéance serait encourue si la discussion n'était pas requise *sur les premières poursuites*, c'est-à-dire avant toutes défenses au fond. V. art. 2022; v., au surplus, C. Pr., art. 166, 169, 173, 186.

253 *bis*. I. L'exercice du droit de demander la discussion est subordonné à plusieurs conditions : 1° la discussion doit être demandée avant les premières poursuites; 2° la caution doit indiquer les biens à discuter; 3° elle doit faire l'avance des frais. Il faut examiner successivement ces trois conditions.

La première est exigée parce que, le fidéjusseur pouvant renoncer au bénéfice de discussion, on est en droit de supposer cette renonciation quand il s'est laissé poursuivre sans se prévaloir du droit qu'il a de détourner les poursuites. Ce qu'on entend par poursuites, ce n'est pas certes le commencement d'une procédure, par exemple l'exploit d'ajournement, car le droit n'existerait pas si la première manifestation de la prétention du créancier en rendait l'exercice impossible. Pour que le fidéjusseur soit réputé avoir renoncé, il faut qu'il ait laissé le procès s'engager, et l'article 186 du Code de procédure nous montre que le fait qui le privera de son droit, c'est le fait d'avoir défendu au fond. On peut dire, en effet, qu'en procédure, ce droit s'exerce par une exception dilatoire, et l'exception dilatoire doit être opposée avant toute défense au fond.

253 *bis*. II. Il ne faut pas, du reste, appliquer la disposition de

(1) V. ci-dessus, n° 239 *bis*. VII.

l'article 186, C. Pr., sans tenir compte des faits, et les motifs qui ont dicté l'article 2022 nous inspirent quelques distinctions. Le Tribunat, dont une observation a provoqué la rédaction de l'article, disait : Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution, il doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé s'avancer. Voilà le but de la loi, il ne faut pas que le fidéjusseur, par des lenteurs calculées, arrive injustement à gagner du temps. D'après le but avoué de l'article, il s'agit, quand on cherche si le droit est perdu, de voir si la caution a renoncé au bénéfice de division. Dès lors, si la caution avait nié le cautionnement, si elle avait prétendu que l'assignation était nulle, on ne pourrait pas lui refuser le bénéfice de discussion, car dans l'ordre logique des moyens de défense, ceux-là devaient être invoqués les premiers, et ce n'était pas l'occasion d'invoquer le bénéfice de discussion quand on prétendait n'être pas caution. Ce que la loi a eu en vue, ce sont les hypothèses où la caution aura laissé valider une saisie-arrêt faite sur elle, ou vendre ses meubles, ceux où elle aura contesté le montant de la dette ou demandé un délai. Il est clair que dans ces hypothèses il était naturel de demander d'abord la discussion, et que ne pas la demander, c'était y renoncer.

253 *bis*. III. Il y a une autre circonstance qui peut inspirer des doutes, c'est celle où la caution a réellement montré par sa défense qu'elle renonçait au bénéfice de discussion, mais où il survient au débiteur insolvable des biens qu'il n'avait pas lorsque la caution a renoncé à son bénéfice. Nous pensons alors qu'il n'y a à lui reprocher ni fraude ni caprice, et que les motifs attribués à la loi par l'observation du Tribunat que nous avons citée, doivent autoriser la demande de discussion formée par la caution aussitôt que les faits auront changé la situation pécuniaire du débiteur principal.

254. Le bénéfice de discussion n'étant qu'une faveur d'équité dont la loi fait jouir la caution, il ne faut pas que cette faveur devienne trop préjudiciable au créancier, en l'induisant dans des lenteurs, des embarras et des frais. De là, l'obligation d'indiquer les biens à discuter, et d'avancer les deniers suffisants à cet effet. De là encore, la restriction de la discussion aux biens situés dans le ressort de la cour où le paiement doit être fait, et aux biens non litigieux (v. à ce sujet art. 2019). Il faut en outre que les biens soient en la pos-

session du débiteur, ajoutons, ou de ses ayant cause à titre universel. Du reste, le droit qu'aurait le créancier de suivre, entre les mains des tiers détenteurs, les biens hypothéqués à la dette, n'est pas une raison pour que la caution, qui est personnellement obligée, puisse en requérir la discussion au préjudice du tiers détenteur, qui, lui, n'est pas débiteur personnel. V. art. 2023.

254 *bis*. I. La seconde condition consiste en ce que la caution doit indiquer les biens à discuter, et ne doit indiquer que certains biens déterminés par la loi.

La prétention de la caution est que le débiteur est en état de payer; la preuve de ce fait doit être fournie par celui qui l'allègue. Il serait difficile au créancier de prouver que le débiteur n'a pas de biens, ce serait non-seulement la preuve d'une négation, mais d'une négation indéfinie, et cette preuve impossible n'est jamais exigée par la loi. Voilà pourquoi la caution ne peut pas se contenter d'alléguer vaguement que le débiteur est solvable, mais doit au contraire préciser et indiquer au créancier les biens sur lesquels celui-ci pourra agir.

254 *bis*. II. La caution ne peut pas indiquer toute espèce de biens. Il ne faut pas que ces biens soient trop éloignés, la discussion en serait difficile; ni que ces biens soient litigieux, parce que la discussion exposerait le créancier à des lenteurs et à des conflits avec les tiers qui prétendraient avoir droit sur ces biens.

254 *bis*. III. Au reste, la loi n'exige pas que les biens indiqués soient des immeubles Elle imposait cette condition dans l'article 2019, quand il s'agissait d'apprécier la solvabilité d'une caution, parce que cette solvabilité intéresse le créancier non-seulement dans le présent, mais dans l'avenir, et que la fortune immobilière paraît plus solide et plus durable que la fortune mobilière. Mais quand il s'agit de biens à discuter, la question est présente et non pas future, le créancier est mis en demeure d'agir immédiatement, et s'il agit, le caractère mobile des biens meubles lui importe peu, puisqu'une fois qu'il les a saisis, il ne peut pas craindre qu'ils disparaissent.

254 *bis*. IV. Il est bien certain que la question étant de savoir si le débiteur peut payer, l'indication des biens à discuter doit porter sur des biens appartenant à ce débiteur; le texte de l'article est

précis sur ce point. Cependant, on aurait pu avoir des doutes quant aux immeubles affectés hypothécairement à l'acquittement de la dette et qui ne seraient pas la propriété du débiteur. L'hypothèse la plus ordinaire est celle où le débiteur a aliéné le bien qu'il avait hypothéqué pour garantir l'exécution de son obligation. Le nouveau propriétaire est ce qu'on appelle un tiers détenteur d'immeuble hypothéqué, et comme il peut être poursuivi en cette qualité par le créancier, en vertu du droit de suite qui est un des éléments du droit d'hypothèque, il ne serait pas absurde que la caution eût la prétention de diriger les poursuites sur le bien hypothéqué. La loi, cependant, décide que cela n'est pas possible, et c'est le résultat d'une comparaison entre la situation du tiers détenteur, étranger à la dette, tenu à l'occasion de la chose qu'il détient, et celle de la caution qui est un débiteur personnel, par conséquent qui est liée directement envers le créancier par un contrat qu'elle a fait avec lui.

254 *bis*. V. Une question analogue peut se présenter par rapport aux codébiteurs solidaires du débiteur cautionné. Ce qui suppose que le fidéjusseur n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires. Ce fidéjusseur pourrait-il demander la discussion des autres codébiteurs solidaires? Le texte s'oppose à cette prétention, puisqu'il parle du débiteur principal; or il n'est de débiteur principal que celui qui a à côté de lui un débiteur accessoire, et telle n'est pas la situation des autres codébiteurs. Les principes conduisent au même résultat, car le cautionnement n'a établi de relation qu'entre la caution et celui qu'elle a cautionné; contre les autres celle-ci ne peut avoir des droits que son mandant n'aurait pas.

254 *bis*. VI. La caution doit faire l'avance des frais de discussion, c'est la troisième condition, à laquelle est assujetti l'exercice du bénéfice de discussion. Elle se justifie d'abord par cette raison que la discussion est toute dans l'intérêt du fidéjusseur et qu'elle ne profite pas au créancier, ensuite parce que cette exigence de la loi est une garantie contre les demandes de discussion faites à la légère et pour gagner du temps.

254 *bis*. VII. Il ne faut pas, à ces trois conditions, en ajouter une autre qui serait que les biens indiqués fussent suffisants pour l'acquittement de l'obligation. La loi ne dit rien de cette condition, au contraire, l'article 2024 suppose que les biens indiqués ont pu être insuffisants. Et il est juste qu'il en soit ainsi, car l'intention

probable de la caution a été de s'engager seulement pour ce que le débiteur ne pourrait pas payer.

Il faudrait cependant que cette faculté, donnée à la caution, ne dépouillât pas le créancier du droit qu'il a de ne pas recevoir un paiement partiel; pour cela, dans les cas rares où le créancier refuserait de recevoir les sommes produites par la vente des biens discutés, il faudrait les faire déposer, afin que la caution n'eût plus qu'à compléter le montant de la dette.

Nous devons, en outre, faire observer que sous prétexte d'une suffisance partielle des biens indiqués, on ne pourrait pas renvoyer le créancier à discuter des biens d'une valeur hors de proportion avec le montant de la dette; la caution n'aurait pas alors un intérêt légitime à la discussion, et elle ne chercherait qu'à retarder sans raison l'action que le créancier dirigerait contre elle.

255. Mais quand la caution a rempli les conditions sous lesquelles le bénéfice lui est accordé, c'est au créancier à s'imputer si, par l'effet de sa négligence à poursuivre, il ne retire pas des biens indiqués la somme qu'ils devaient produire : non-seulement donc la caution serait libérée envers lui, jusqu'à concurrence de cette somme; mais lui-même devrait, jusqu'à cette concurrence, répondre envers la caution de l'insolvabilité du débiteur, qui l'empêcherait de recouvrer ses avances. V. art. 2024.

255 *bis*. Quand la caution a valablement demandé la discussion, cette demande produit un effet important indiqué par l'article 2024. Non-seulement elle arrête les poursuites contre le fidéjusseur, mais elle contraint le créancier à poursuivre le débiteur principal, et le rend responsable jusqu'à concurrence des biens indiqués de l'insolvabilité postérieurement survenue de ce débiteur. Il faut, du reste, que cette insolvabilité ne provienne pas de cas fortuits, car c'est évidemment la négligence du créancier qui seule légitime sa responsabilité.

Parmi les conditions que doit avoir remplies la caution pour que le créancier subisse les chances de l'insolvabilité du débiteur, l'article dit que cette caution doit avoir *fourni* les frais de discussion. On remarquera que cette expression n'implique pas que le créancier a consenti à les recevoir; si cela était nécessaire, ce créancier

pourrait anéantir par sa volonté le bénéfice de discussion. Il est donc bien certain que la caution peut offrir et déposer les fonds nécessaires, et que ce dépôt équivaudrait à l'avance des frais, comme l'offre et le dépôt d'une somme due équivalent au paiement.

256. Plusieurs cautions peuvent s'obliger pour la même dette; et dans ce cas, la nature de l'engagement devant faire supposer que leur nombre a eu pour objet d'augmenter la sûreté du créancier, on n'applique point la règle ordinaire relative aux débiteurs qui s'engagent conjointement; chacune des cautions est donc tenue pour toute la dette. V. art. 2025; *Just.*, Inst., § 4, *de fidej.*

Remarquons, au reste, que la loi n'ayant point prononcé le mot de solidarité, on est fondé à en conclure que les cautions qui s'engagent, ensemble ou séparément, ne répondent point du fait les unes des autres, et que l'on ne doit point dès lors leur appliquer les articles 1205, 1206, 1207.

257. En outre, le principe qui oblige chacune à toute la dette reçoit une modification importante par l'effet du bénéfice de division, introduit dans la législation romaine par l'empereur Adrien, et qui, ayant passé de là dans notre droit, avec les changements que comporte la marche différente de notre procédure, est également consacré par le Code.

Ce bénéfice, uniquement introduit en faveur des cautions, qui peuvent conséquemment y renoncer, a pour objet, en définitive, de faire répartir le paiement de la dette entre toutes les cautions solvables, et de procurer ainsi à chacune le moyen de se libérer, en payant la portion que cette répartition met à sa charge. Du reste, il n'est point entièrement destructif de l'obligation *in solidum*.

La division, en effet, ne s'opère pas de plein droit entre les cautions; seulement, chacune d'elles, quoique valablement actionnée pour le tout, peut exiger que le créancier *préalablement*, c'est-à-dire avant de la faire condamner pour le tout, divise son action, et la réduise à la portion virile de chacune.

En outre, comme la division ne doit, en définitive, s'opérer

qu'entre les cautions solvables, au moment où on l'a fait prononcer, les insolvabilités antérieures restent naturellement à la charge des cautions solvables; par conséquent, celle qui a fait prononcer la division est, comme les autres, tenue proportionnellement de ces insolvabilités. Mais comme les insolvabilités survenues depuis peuvent être imputées à la négligence du créancier, elles ne donnent nullement lieu à rechercher cette caution. V. art. 2026.

257 *bis*. I. Le second bénéfice accordé aux cautions est le *bénéfice de division*. C'est encore une dérogation à la rigueur des principes en vertu desquels la caution devrait être tenue. Il s'agit, le nom du bénéfice l'indique, de répartir la dette entre les différentes cautions. Par conséquent, l'hypothèse réglée par la loi change. Quand nous parlions du précédent bénéfice, on pouvait supposer un débiteur et une caution; maintenant il nous faut supposer qu'il existe un débiteur et plusieurs cautions de ce même débiteur, ce que la loi appelle quelquefois des cofidéjusseurs.

Pour mieux faire ressortir le caractère de tempérament équitable qui appartient à tout ce qu'elle appelle des bénéfices, la loi commence par poser le principe (art. 2025) : chacune des cautions est obligée à toute la dette. On serait tenté de dire cependant que ce principe peut paraître une lettre morte à cause de l'article suivant, qui établit le bénéfice de division, et qu'il eût mieux valu proclamer le principe de la divisibilité de plein droit de l'obligation entre toutes les cautions.

Il n'en est rien toutefois, car, dans le système de divisibilité, le créancier aurait vu ses garanties singulièrement diminuées, ses chances d'être payé intégralement eussent été en raison inverse du nombre des cautions, et le luxe de garanties qu'il aurait cherché lui aurait souvent été préjudiciable; car les obligations des cautions devenant distinctes, il eût suffi de l'insolvabilité de l'une d'elles pour que le créancier perdît une part de sa créance, alors même que dix autres cofidéjusseurs eussent été en état de payer. La convention, du reste, que fait chacune des cautions, implique qu'elle s'oblige pour le tout, car chacune d'elles promet de satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait; or satisfaire, c'est bien acquitter complètement la dette.

Le texte de l'article 2025 n'est donc pas une lettre morte, parce

que sa conséquence est que, malgré le bénéfice de division, les cofidéjusseurs répondent de l'insolvabilité les uns des autres, et que le bénéfice de division a seulement pour effet d'éviter des embarras, des avances d'argent et des recours.

257 *bis*. II. La règle est donc que les cautions sont tenues pour le tout, mais elles jouissent d'un droit spécial établi en Droit romain par un rescrit d'Adrien, qui s'inspirait des règles du Droit ancien sur les *sponsores* et les *fidepromissores*.

Ce droit de la caution consiste à n'être poursuivie, lorsqu'elle l'exige, que pour sa part virile. Elle n'est pas tenue au reste d'invoquer ce bénéfice, comme le bénéfice de division, *in limine litis;* l'article 2026 ne reproduit pas sur ce point la disposition de l'article 2022, et il n'était pas nécessaire de la reproduire, parce que l'admission de ce bénéfice n'entraînera pas de lenteur dans la poursuite du créancier contre la caution, à laquelle il s'est d'abord adressé; il continuera à la poursuivre au moins pour partie, et de plus la caution a intérêt à ne pas retarder sa demande de division pour se décharger au plus tôt du risque de l'insolvabilité des autres cautions, ainsi que nous le verrons bientôt sur le second alinéa de l'article 2026.

257 *bis*. III. La combinaison des articles 2025 et 2026 nous montre entre quelles cautions a lieu la division. Nous rencontrons sur ce point trois règles : 1° elle a lieu entre les cautions du même débiteur; 2° entre les cautions solvables; 3° elle n'a pas lieu au profit de celles qui ont renoncé au bénéfice de division.

Il résulte de la première règle que la division est impossible entre une caution et son certificateur (*fidejussor fidejussoris*). La dette, en effet, n'est pas la même; par rapport à la caution, la dette principale, c'est la dette d'une troisième personne, le débiteur cautionné par elle; à l'égard du certificateur, la dette principale, c'est la dette de la caution; la division ne saurait donc pas plus avoir lieu entre eux qu'entre l'emprunteur d'une somme et celui qui l'a cautionné. La même raison exclura la division entre les différents fidéjusseurs de plusieurs débiteurs solidaires; l'un a cautionné Pierre, l'autre a cautionné Paul, ils ne sont donc pas cautions du même débiteur, quel que soit le lien qui puisse unir entre eux Pierre et Paul.

Le certificateur que nous venons de présenter comme privé du droit de demander la division avec la caution qu'il a cautionnée

pourrait invoquer le bénéfice par rapport aux cofidéjusseurs de cette caution, parce que, garantissant l'obligation de celle-ci, il ne la garantit que telle qu'elle est, c'est-à-dire qu'il doit bénéficier des règles de droit qui en atténuent la rigueur.

257 *bis*. IV. Entre cautions du même débiteur et de la même dette, la division a lieu alors même que les engagements des cautions auraient été contractés à des dates différentes. Le texte semble bien ne pas faire de distinction, et cependant la division se comprend mieux quand les cautions se sont engagées par le même acte, parce que alors elles ont toutes compté les unes sur les autres, sachant qu'elles contractaient toutes l'obligation de garantir une même dette. Quand les cautionnements résultent d'actes séparés, accomplis à des dates diverses, on peut prétendre que la première en date n'a pas compté sur la participation des autres à la charge du cautionnement, que la seconde a compté sur la première et non sur la troisième. Néanmoins, nous l'avons dit, la loi ne distingue pas; c'est qu'en effet le bénéfice de division n'a pas été créé seulement pour l'avantage des cautions, il a eu pour but de diminuer les procès en recours, de simplifier les paiements en faisant directement avancer par chacun la somme qui doit définitivement rester à sa charge. C'est là un intérêt social que le législateur ménage d'ordinaire et qui le justifie de n'avoir pas admis la distinction dont nous venons de parler.

Comment d'ailleurs le Code civil, ami de la simplicité, aurait-il admis une solution qui demandait autant de calculs de répartition qu'il y a de fidéjusseurs, puisque par rapport au deuxième fidéjusseur il fallait faire une division entre deux, par rapport au troisième une division entre trois, par rapport au quatrième une division entre quatre, etc.? Sans compter que le premier, qui ne peut pas demander la division, est compris cependant dans la fixation des parts des quatre autres; le second, qui ne peut que diviser avec le premier, est compris dans les répartitions des trois autres, et ainsi de suite. Il y avait là des difficultés graves que la solution du Code civil a su éviter.

257 *bis*. V. Elle n'a pas du reste d'inconvénient sérieux, elle ne nuit pas au créancier, car s'il est exposé à une demande de division de la part du fidéjusseur qu'il avait d'abord eu pour fidéjusseur unique, cela ne peut pas lui préjudicier à cause de la règle qui répartit la perte résultant d'une insolvabilité entre tous les fidé-

jusseurs solvables, de sorte que tant qu'il en reste un qui est solvable, le créancier est sûr de recevoir son paiement intégral.

257 *bis*. VI. Si les cofidéjusseurs ne sont pas tous valablement engagés, si l'un d'eux par exemple est un mineur, la division ne devra tenir compte que des fidéjusseurs dont les engagements sont valables; car le droit de demander la division est un bénéfice fondé sur ce que le créancier ne souffrira pas du fractionnement, et dans l'hypothèse, ce fractionnement exposerait le créancier à perdre une partie de sa créance; puisqu'en principe les cautions doivent chacune tout, elles ne doivent obtenir la division que si l'intérêt du créancier n'est pas compromis. Il arrivera en pareil cas à la caution ce qui lui arrive au cas d'insolvabilité de son cofidéjusseur (1).

257 *bis*. VII. La situation ne sera pas la même quand, parmi les cautions valablement engagées, il en existera quelqu'une dont l'obligation sera affectée d'un terme ou d'une condition. La caution qui jouit d'un terme est certainement obligée, cellle qui est tenue sous condition, si la condition suspensive se réalise, sera considérée comme ayant toujours été tenue; il en sera de même de la caution sous condition résolutoire, si la condition vient à défaillir; donc il y a là des cautionnements valables et dont il faut tenir compte quand on opère la division. Seulement, il ne faut pas que ces diverses cautions soient traitées comme des cautions pures et simples, et il ne faut pas non plus que le créancier soit privé pendant un certain temps d'exercer son droit en entier, car il a en principe le droit d'agir pour le tout contre chaque fidéjusseur, et ce droit ne cède devant le bénéfice de division que quand il n'en éprouve pas de préjudice sérieux. La caution poursuivie obtiendra donc la division entre elle et les autres cautions, en y comprenant celle qui est obligée à terme ou sous condition suspensive, le créancier ne touchera pas immédiatement la part qui est due par cette dernière caution, c'est le résultat d'une certaine imprudence qu'il a commise en acceptant parmi les cautions un débiteur à terme ou sous condition. Seulement, si cette caution est insolvable à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition, les autres cautions pourront être poursuivies pour la part de celle-ci. C'est la solution que donne Pothier (2), et qui nous paraît très-acceptable en ce qui

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 424.
(2) *Id.*, *ibid.*, n° 421 *in fine*.

concerne la caution sous condition; elle a été à tort comprise dans le calcul, puisque, d'après l'article 1179, elle est censée n'avoir jamais été obligée. Mais il nous semble qu'on devrait faire une distinction en ce qui concerne la caution obligée à terme. Si l'on admet qu'elle entre dans le calcul de la division, sa solvabilité doit s'apprécier au moment où ce calcul se fait; on l'a comprise comme caution, et elle l'était en effet, et par conséquent les autres cautions ne doivent pas souffrir de la confiance que le créancier avait eue en ce fidéjusseur lorsqu'il lui a accordé un terme.

257 *bis*. VIII. Nous avons réservé le cas où la caution est obligée sous condition résolutoire. Il est clair qu'elle est débitrice, comme les autres cautions, tant que la condition est *in pendenti*. Donc, on la comprend dans le calcul, et le créancier peut exiger d'elle sa part; tout se passe comme si l'obligation était pure et simple; mais si la condition se réalise, le cautionnement de ce fidéjusseur n'a jamais existé, il répète ce qu'il a payé, et alors le créancier a une répétition à exercer contre les autres cautions qui ont été chargées d'une part de dette inférieure à celle qu'ils devaient supporter d'après le nombre réel des cautions. Ce recours pourra n'être pas toujours fructueux pour le créancier, si les cautions sont devenues insolvables, mais il s'est sciemment exposé à ce danger en admettant au nombre des cautionnements un engagement sous condition résolutoire.

257 *bis*. IX. Il faut maintenant nous occuper des conditions auxquelles est subordonné l'exercice du droit de demander la division.

Nous avons déjà dit qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer le bénéfice de division *in limine litis,* l'article 2026 n'indique pas le moment à partir duquel le bénéfice serait perdu, donc il peut être invoqué en tout état de cause, et en effet, c'est sur le montant de la condamnation que l'admission du bénéfice doit exercer une influence, et tant que la condamnation n'est pas prononcée, la division peut être demandée. Bien plus, la condamnation n'étant pas définitive quand le jugement est susceptible d'appel, il serait encore temps de demander la division tant que la condamnation n'est pas prononcée par le tribunal d'appel (1).

257 *bis*. X. Quand nous disons que la division peut être demandée en tout état de cause, nous semblons exiger qu'il existe une

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 425.

contestation judiciaire, un procès commencé par le créancier. C'est l'hypothèse ordinaire; la caution ne va pas au-devant des poursuites. Cependant on peut comprendre qu'elle cherche elle-même à régulariser sa position, qu'elle redoute l'insolvabilité future de ses cofidéjusseurs, qu'elle demande au créancier qui n'agit pas d'accepter en principe la division qu'il serait obligé de subir s'il agissait. Nous pensons que tel est son droit, toutes les fois qu'elle peut payer malgré le créancier, c'est-à-dire quand la dette est échue ou quand le terme n'existe que dans l'intérêt des débiteurs. La caution a certes dans ces hypothèses le droit de se libérer, et elle doit pouvoir se libérer en payant ce que le créancier pourrait exiger d'elle et pas davantage. Or, si le créancier demandait son paiement, il n'obtiendrait qu'un paiement divisé, la caution a donc le droit de faire spontanément un paiement divisé. Voici alors comment elle invoquera le bénéfice de division : elle fera des offres, et si elles sont refusées parce que la somme entière n'est pas offerte, elle appuiera sa demande en validité d'offres sur son droit au bénéfice de division.

257 *bis*. XI. D'après la tradition ancienne, la division doit s'opérer en tenant compte seulement des cautions qui sont solvables au temps où elle est prononcée. C'est la doctrine de Pothier, qui dit au n° 415 (*Traité des obligations*) que le créancier est tenu, s'il en est requis, de partager sa demande entre le fidéjusseur poursuivi et ses cofidéjusseurs, lorsqu'ils sont solvables; c'est aussi ce que nous trouvons dans les Institutes de Justinien : *Compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere* (1). De ce que la solvabilité des codébiteurs est une des conditions du droit de la caution, nous devons conclure qu'elle doit prouver au tribunal l'existence de cette solvabilité quand elle demande le bénéfice de division. C'est encore la doctrine romaine; le bénéfice est ordinairement invoqué par le moyen de l'exception *si non et illi solvendo sint;* le défendeur doit prouver son exception (2), donc il doit prouver la solvabilité de ses cofidéjusseurs.

257 *bis*. XII. Peut-être que les rédacteurs du Code civil ont abandonné cette doctrine, car le texte de l'article 2026 est beaucoup moins précis que les textes du droit romain sur la solvabilité considérée comme condition du bénéfice de division.

(1) V. *Instit.*, l. III, t. XX, § 4.
(2) V. M. Accarias, t. II, p. 373. Édit. 1880.

Le premier paragraphe de l'article parle d'une division qui réduira l'action à la part et portion de chaque caution. La condition de solvabilité n'apparaît pas encore, et si nous n'avions que ce texte, nous serions autorisé à dire qu'on ne tient aucun compte, et que la division est faite *pro numero fidejussorum.*

Le second paragraphe songe aux insolvabilités possibles, il ne dit pas qu'elles aient quelque influence sur la division ordonnée par le juge, mais il en fait le principe d'un recours, le créancier aura une action en supplément contre les cautions solvables. Mais alors, évidemment, devenu demandeur en garantie du dommage causé par une insolvabilité, il sera obligé de prouver que cette insolvabilité existait.

Si telle est l'interprétation qu'on peut donner de l'article 2026, il faut reconnaître que le Code civil a abandonné la théorie romaine dans un intérêt de simplicité. Il n'a pas voulu qu'une discussion sur la solvabilité des différentes cautions s'élevât dans le principe. Il les présume solvables, et la caution obtient la division sans autre preuve que cette présomption, puis la preuve contraire est admise contre cette présomption, mais cette preuve est à la charge du créancier, parce qu'il n'est pas probable que des cautions qu'il a dû accepter comme solvables aient été insolvables.

Nous inclinons à croire que c'est bien là le système du Code civil, car s'il en était autrement, l'article 2026, 2e alinéa, ne pourrait pas s'expliquer. Il suppose que la division a été *prononcée,* donc il y a eu jugement; si ce jugement a dû statuer sur la solvabilité des diverses cautions au moment du jugement, comment pourrait-on alléguer qu'une des cautions était insolvable à cette même époque, sans méconnaître le principe sur l'autorité de la chose jugée?

257 *bis.* XIII. Il est évident que si l'on admet ce système, il faut reconnaître au créancier le droit de répondre à la demande de division par l'allégation d'insolvabilité d'un ou de plusieurs des fidéjusseurs. Alors le jugement statuera sur cette question. Mais quand il n'aura pas été statué sur ce point, le recours fondé sur une insolvabilité pourra avoir pour cause toute insolvabilité survenue jusqu'au jugement qui a prononcé la division, car jusqu'à ce moment, si la question s'était posée, le tribunal aurait dû tenir compte de l'insolvabilité d'une des cautions. Le texte est clair sur ce point, car il parle des insolvabilités survenues depuis la division et non pas

depuis la demande de division. Le moment de la demande est ici sans influence, puisque le jugement ne reconnaît pas un droit préexistant dont on peut ainsi faire rétroagir les effets, mais constitue un état nouveau ou une situation nouvelle des diverses parties.

257 *bis*. XIV. Nous avons toujours supposé que le bénéfice de division était invoqué par une des cautions, et nous avons dit que son effet était de contraindre le créancier à ne demander à cette caution qu'une certaine part de la dette. Nous n'avons toujours parlé des autres cautions que pour les faire entrer dans l'opération arithmétique qui déterminera la part à exiger de la caution qui a invoqué le bénéfice. Cette opération est une division dans laquelle le dividende est la somme due au créancier et le diviseur est le nombre total des cautions.

257 *bis*. XV. Il faut maintenant examiner quel est, par rapport aux diverses cautions, le résultat de la division demandée et obtenue par l'une d'elles. Nous pouvons d'abord répondre avec certitude que le résultat du jugement qui admet le bénéfice de division n'est pas un véritable fractionnement de la dette entre tous les cofidéjusseurs. Ce jugement est sans effet par rapport aux fidéjusseurs qui n'ont pas été parties dans l'instance. La règle de l'autorité de la chose jugée impose cette décision, et l'article 2026 la confirme; car il indique comme conséquence du bénéfice que chaque caution peut exiger que le créancier *réduise* son action à la part et portion de chaque caution. Une réduction est quelque chose de relatif, c'est la diminution de la somme demandée à celui qui est poursuivi. Quant aux autres, ils sont tenus pour le tout (art. 2025), s'ils n'invoquent pas le bénéfice de division, on a le droit de les poursuivre pour le tout. Il est vrai que ce droit peut paraître un peu fictif, puisque la caution a le droit d'invoquer elle-même le bénéfice de division en tout état de cause, et qu'il lui sera plus facile de se défendre ainsi que de prétendre se prévaloir du bénéfice obtenu par son cofidéjusseur. Cependant, il n'est pas indifférent de décider que ce fidéjusseur demande pour son compte le bénéfice ou qu'il profite du bénéfice invoqué par son cofidéjusseur.

257 *bis*. XVI. D'abord, si le bénéfice obtenu par Pierre divisait la dette entre Pierre et Paul, son cofidéjusseur, on devrait dire que quand Paul payera la totalité de la dette dans l'ignorance de la division opérée, il aura la *condictio indebiti;* ce qu'il n'aura certes pas dans

la doctrine qui reconnaît au créancier le droit de lui demander le tout, sauf à réduire sa demande, si Paul demande la division.

Secondement, quand il s'agira d'appliquer le second alinéa de l'article 2026, c'est-à-dire de répartir la perte résultant des insolvabilités, il n'est pas indifférent que le bénéfice invoqué par l'une des cautions profite ou ne profite pas aux autres. *Exemple :* trois cautions : au moment où la première est poursuivie, elles sont toutes les trois solvables; la division est demandée par la caution poursuivie, elle s'opère en prenant pour base le nombre de trois, cette caution doit payer un tiers : quand on poursuit la seconde, la troisième est devenue insolvable. Si l'on admet que la division opérée à la demande du premier fidéjusseur poursuivi a un effet *erga omnes,* le second ne devra qu'un tiers, et le créancier supportera le risque de l'insolvabilité du troisième. Mais si le second fidéjusseur doit, quand on le poursuit, demander et obtenir un bénéfice de division spécial, comme l'insolvabilité du troisième est survenue avant cette division, le calcul se fait d'après le nombre de deux fidéjusseurs, le troisième ne comptant pas, comme insolvable. Le second est donc condamné à payer moitié de la dette. Le créancier a touché d'un côté un tiers, de l'autre une moitié, il n'a pas de recours contre le premier fidéjusseur, par conséquent il perd la différence entre le tiers qu'il a reçu du premier et la moitié qu'il devrait avoir reçue de lui pour que son paiement fût intégral, il perd un sixième, au lieu de perdre la part tout entière de troisième fidéjusseur, qu'il perdrait, si la division opérée la première fois avec le premier avait un effet par rapport au second.

257 *bis.* XVII. Cette espèce, que nous venons d'examiner, et le calcul qu'elle nous a conduit à faire, démontrent surabondamment l'exactitude de notre doctrine sur l'effet purement relatif de la division. Car c'est évidemment en faisant les calculs que nous venons de faire que l'article 2026 a dit dans son deuxième alinéa : Cette caution (celle qui a fait prononcer la division) ne peut pas être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis cette division. Texte bien clair, qui n'attribue pas aux autres cautions le bénéfice de la division opérée.

258. De ce qui précède, il résulte que la division ne peut, au préjudice du créancier, et malgré lui, s'opérer avec une caution actuellement insolvable; mais lorsque c'est lui-même

qui, volontairement, divise son action, cette conduite de sa part équivalant à une remise de solidarité, il doit en subir les conséquences, et ne peut, conséquemment, sous le prétexte des insolvabilités, même antérieures, revenir contre la division une fois consentie. V. art. 2027.

258 *bis*. I. On peut concevoir de deux manières la division volontaire de l'action du créancier. Il peut avoir reçu d'une des cautions le paiement d'une part de la dette correspondant à la part que cette caution doit supporter d'après l'article 2026; encore faut-il qu'il ait reçu cette somme avec cette mention que c'est la part de la caution, sinon on pourrait croire qu'il a consenti à recevoir un à-compte. Il peut aussi avoir actionné l'une des cautions en ne lui demandant que sa part au lieu de la totalité qu'il aurait pu demander.

258 *bis*. II. Dans cette seconde hypothèse, on pourrait être tenté d'appliquer la disposition de l'article 1211, 3e alinéa, et de permettre au créancier de rectifier sa demande tant qu'il n'y a pas eu acquiescement ou jugement de condamnation. Ce serait l'application de la règle générale qui permet à toute personne de revenir sur une manifestation de volonté qui n'a pas été acceptée par la volonté d'une autre personne ou confirmée par un jugement, parce qu'il est naturel que ce qui a été fait par la volonté d'un seul puisse être défait par la même volonté. Cependant, l'article 2027 semble déroger à cette règle, car il n'exige pas que la division volontaire de l'action ait été suivie de l'un des actes dont parle l'article 1211. On comprend, du reste, qu'il en soit ainsi, la division de l'action contre la caution n'a pas le caractère d'abandon d'un droit qui appartient à la renonciation du créancier à la solidarité; en divisant son action, le créancier ne fait pas autre chose que ce qu'on le forcera très-probablement à faire en vertu de l'article 2026. Pour gagner du temps, il prévient la demande presque certaine du défendeur; le créancier qui renonce à la solidarité abandonne un droit dont il est le maître absolu, il se dépouille véritablement, et voilà pourquoi l'on est plus exigeant quand il s'agit de traiter son acte comme devenu irrévocable.

258 *bis*. III. Cette division volontaire, au reste, définitive dans les rapports entre le créancier et la caution qu'il a poursuivie, n'aura pas plus d'effet que n'en aurait eu la division prononcée par

jugement. Elle ne vaut pas par rapport aux autres cautions, elle est non avenue par rapport aux autres. Il serait antijuridique qu'un acte de procédure dirigé contre Pierre eût quelque conséquence pour ou contre Paul. Cette décision est d'ailleurs en harmonie avec la manière dont nous considérons le fait du créancier; par son action divisée il n'a pas voulu faire autre chose que ce qu'on l'aurait contraint à faire s'il avait demandé le tout à une caution qui lui aurait ensuite opposé le bénéfice de division.

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

259. Le fait de l'engagement contracté par la caution pour le débiteur est, ou l'accomplissement d'un mandat reçu à cet effet, ou un acte qui constitue le quasi-contrat de gestion d'affaires. Mandataire ou gérant, la caution a évidemment droit au remboursement de ses avances (art. 1375, 1999); ainsi la caution qui a payé a son recours contre le débiteur, qu'elle se soit engagée au su ou à l'insu de celui-ci. V. art. 2028, al. 1.

259 *bis*. I. Quand nous avons décomposé l'opération complexe qui établit des rapports entre un créancier, un débiteur et une caution, nous avons trouvé que la relation juridique qui existe entre le débiteur et la caution résulte d'un contrat de mandat ou d'un quasi-contrat de gestion d'affaires; elle doit donc être régie par les règles qui gouvernent ce contrat ou ce quasi-contrat.

L'affaire, objet du mandat ou de la gestion, est un paiement; quand elle a été faite, il naît un recours de celui qui l'a faite contre le mandant ou le *dominus negotii*, c'est l'*actio contraria*. L'article 2028 établit le droit à ce recours et donne quelques développements sur son étendue.

259 *bis*. II. Ce recours a pour cause un paiement (art. 2028), nous ajouterons ou tout autre acte équivalent. Ainsi une compensation invoquée par le fidéjusseur lorsqu'il était poursuivi, une dation en paiement acceptée par le créancier (1). On s'est même

(1) V. C. C., 18 juin 1876. Sirey, 1876, I, 448.

demandé si une remise de dette faite avec l'intention de gratifier la caution pourrait avoir la même force qu'une compensation et autoriser un recours. Nous pensons qu'on ne peut pas trancher cette question sans l'avoir d'abord bien dégagée de toute ambiguïté, et que, quand on aura réduit l'hypothèse à sa plus simple expression, la solution ne paraîtra pas difficile.

259 *bis*. III. Il est bien certain d'abord qu'il ne peut pas être question d'une remise accordée à la caution; elle ne libère pas le débiteur principal (art. 1287), et celui-ci, n'en ayant pas profité, ne peut être tenu à indemniser de ce chef la caution. Quant à la remise accordée au débiteur, elle libère bien les cautions, mais, les libérant gratuitement, elle paraît une libéralité adressée à la fois aux débiteurs et aux cautions, et l'on ne voit pas encore le germe d'une action en recours. Les principes du mandat et ceux de la gestion d'affaire s'opposent à l'admission d'un recours. En effet, l'action *contraria mandati* a pour but de faire recouvrer par le mandataire les avances qu'il a faites (art. 1999); l'action *contraria negotiorum gestorum* impose le remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qui ont été faites, mais ces articles, pas plus que l'article 2028, ne supposent la possibilité d'une action en répétition de ce qui aurait pu être payé si le créancier l'avait exigé.

259 *bis*. IV. Il est vrai qu'on suppose l'intention formelle du créancier de gratifier la caution du montant de la créance, en l'autorisant à poursuivre le débiteur. Mais alors il nous paraît que tout simplement le créancier et la caution ont mal qualifié leur acte. Ce n'était pas une remise faite *in rem*, car une *remise in rem* libère le débiteur; le créancier n'a pas pu le libérer et céder ses actions contre lui; ce n'était pas, nous l'avons dit, une remise en faveur de la caution seule. C'était une cession de créance faite à titre de remise. Si l'intention qu'on suppose est clairement démontrée, l'acte ne saurait être qu'une cession de créance. La qualification inexacte qu'on lui a donnée est indifférente, il faut le juger d'après ce qu'il est et non d'après ce que les parties en ont dit. La conséquence de cela, c'est que l'article 2028 n'est plus applicable, et que l'action de la caution est l'action même qui appartenait au créancier cédant. Mais aussi il faut bien remarquer que l'acte dont nous parlons ne peut résulter valablement d'une convention entre le créancier et le débiteur principal; l'accord de ces deux volontés suffirait pour une vraie remise qui profiterait indirectement à la caution, mais

une donation faite à la caution ne peut résulter que d'une convention entre le créancier donateur et la caution donataire. Nous ne parlons pas des formalités auxquelles un pareil acte pourrait être assujetti, ni des règles sur la capacité, sur le rapport et sur la réduction dont il faut tenir compte, puisqu'il s'agirait d'une libéralité.

260. L'indemnité du mandataire ou du gérant devant comprendre toutes les espèces de dépenses qui concernent l'affaire dont il a été chargé, il est clair que le recours a lieu pour le principal, les intérêts et les frais; et toutefois, le principe ne s'appliquant pas aux dépenses provenant de la faute du mandataire ou gérant (art. 1374, 1375, 1999), le recours ne doit point comprendre les frais que la caution aurait pu éviter; la loi considère comme tels ceux qu'elle aurait faits avant de dénoncer au débiteur les poursuites dirigées contre elle, poursuites que le débiteur aurait peut-être fait cesser, s'il en eût été informé. V. art. 2028, al. 2.

261. Le mandataire, d'ailleurs, ayant droit à indemnité pour les pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion (art. 2000), et ce principe étant nécessairement commun au gérant, la caution a aussi recours pour les dommages-intérêts s'il y a lieu. V. art. 2028, al. 3; v., à ce sujet, art. 1153.

261 *bis*. I. Le montant des réclamations de la caution est indiqué en détail par l'article 2028, dont l'idée dominante est que la caution qui a payé ne doit ni rien perdre ni rien gagner.

Elle obtiendra donc la restitution du capital qu'elle a payé et aussi des intérêts qu'elle a acquittés à la décharge du débiteur, c'est-à-dire des intérêts échus de ce capital dont on a pu exiger d'elle le paiement dans les circonstances que nous avons énumérées plus haut.

261 *bis*. II. Si la caution n'a payé que le principal. Elle aura le droit d'exiger les intérêts de cette somme à partir du jour du paiement, au moins quand elle a cautionné en vertu d'un mandat du débiteur, l'article 2001 lui confère certainement ce droit. Mais, si elle n'a agi qu'en qualité de gérant d'affaires, elle ne trouvera pas ce droit-là dans les principes qui régissent le quasi-contrat de gestion d'affaires. L'article 2001 n'est pas applicable au gérant d'af-

faires (1). Peut-être peut-on dire que notre article 2028 a étendu exceptionnellement les règles du mandat à la gestion d'affaire, quand l'affaire est un cautionnement. Mais le texte de l'article 2028 ne nous paraît pas bien précis sur ce point, d'abord parce que les intérêts dont il parle peuvent être ceux que la caution a payés, et secondement parce que s'il vise les intérêts futurs, il peut subordonner leur cours aux règles générales de la matière (art. 1153), d'où il résulterait que la caution aurait droit aux intérêts, sauf à les faire courir par une demande, à moins de se trouver dans un de ces cas prévus par l'article 1153 où les intérêts courent de plein droit, c'est le cas réglé par l'article 2001.

261 *bis*. III. Quant aux intérêts payés par la caution en l'acquit du débiteur, ils produiront des intérêts ou de plein droit ou en vertu d'une demande, suivant la distinction que nous venons de faire entre le cas de mandat et celui de gestion d'affaires, car ils sont pour la caution un capital payé, par conséquent une avance qui doit ou peut produire des intérêts. Il n'y aurait pas ici à se préoccuper des règles qui prohibent l'anatocisme, car l'article 1155 a précisément mis hors de ces prohibitions les intérêts d'intérêts payés par un tiers au créancier en l'acquit du débiteur.

261 *bis*. IV. L'article s'occupe ensuite des frais payés par la caution; en principe elle doit les recouvrer, puisqu'elle doit être tenue indemne; seulement il faut qu'elle ne les ait pas occasionnés par sa faute, par conséquent elle ne peut pas demander les frais qu'elle a faits ou que le créancier a faits contre elle avant qu'elle ait prévenu le débiteur par une dénonciation des poursuites. Le débiteur pourrait en effet alléguer que, prévenu à temps, il aurait trouvé moyen d'arrêter les poursuites et d'éviter des frais.

Si telle est la raison de l'article, il est bien clair que la caution peut également répéter les frais de la première poursuite dirigée contre elle, car elle ne pouvait pas les éviter, et elle ne pouvait pas en avertir la caution avant qu'elle fût faite. Elle répétera aussi, par les mêmes raisons, les frais de la dénonciation. Si l'on faisait difficulté d'admettre ces décisions, la caution rentrerait toujours dans les déboursés qu'elle aurait faits pour ces deux causes, en vertu de la décision finale de l'article qui lui reconnaît le droit à des dommages et intérêts.

261 *bis*. V. La loi attribue en effet à la caution qui a payé, le

(1) V. t. V, n° 354 *bis*. II.

droit de demander au débiteur des dommages et intérêts, s'il y a lieu, c'est-à-dire si elle a éprouvé des dommages en dehors de ceux que prévoient les deux premiers alinéas de l'article 2028. On citait autrefois, comme exemple très-notable de dommage subi par la caution, le préjudice résultant de la contrainte par corps exercée contre elle. La contrainte par corps est abolie en matière civile depuis 1867. Il nous faut prévoir d'autres événements; la caution, par exemple, aura été saisie et ses biens vendus dans de mauvaises conditions, ou bien cette saisie aura nui à son crédit. Dans ces cas et d'autres semblables, elle aura droit à des dommages et intérêts alors même que la créance principale est une créance de somme d'argent; car l'article 1153 a annoncé sur ce point une exception établie par le titre du cautionnement à sa règle la plus importante, c'est-à-dire à la réduction aux intérêts légaux des dommages et intérêts en matière de somme d'argent (1).

261 *bis*. VI. Dans un cas particulier, la caution n'aurait pas le recours contre le débiteur accordé par l'article 2028; c'est quand elle aura cautionné malgré le débiteur, hypothèse peu probable, qu'on ne doit pas par conséquent supposer, mais qui peut se présenter, quand le débiteur aura expressément manifesté son opposition. Nous dirons alors qu'il n'y a ni mandat, ni gestion d'affaire, et c'est pour cela que l'article ne sera pas applicable. Cependant il ne faudra pas que le débiteur s'enrichisse au détriment de la caution, dès lors celle-ci aura une action fondée sur le profit qu'elle aura procuré à ce débiteur. Elle pourra donc répéter ce qu'elle aura payé, soit comme capital, soit comme intérêts échus, mais elle n'aura pas droit aux intérêts de ses avances tant qu'elle n'aura pas formé une demande en justice (art. 1153), elle n'aura pas droit à des dommages-intérêts, et elle ne pourra pas réclamer les frais faits contre elle-même, car ils sont la conséquence de la fidéjussion, et la fidéjussion a eu lieu malgré le débiteur, donc le fidéjusseur s'est volontairement exposé à cette perte sans profit pour le débiteur (2).

262. Outre ce recours, la caution jouit naturellement de la subrogation légale accordée à tous ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt de l'acquitter (art. 1251-3°). V. art. 2029.

(1) V. t. V, n° 70 *bis*. III.
(2) V. t. V, n° 349 *bis*. IV.

262 *bis*. I. L'action fondée sur la subrogation ne fait pas double emploi avec l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria*. Elle est plus et moins avantageuse que celle-ci. Plus avantageuse en ce qu'elle donne au fidéjusseur les garanties, gage, antichrèse, hypothèque qu'avait le créancier. Elle est moins avantageuse, car elle ne procure à la caution que ce qu'elle a déboursé et ne comprend ni les intérêts à partir du paiement, ni les frais, ni les dommages et intérêts. De plus, la créance de la caution subrogée se prescrira par le même délai que la créance principale, tandis que l'action de mandat ou de gestion d'affaire sera soumise à une prescription propre, qui commencera seulement à courir de jour où soit le mandataire, soit le gérant aura fait des avances.

262 *bis*. II. Les deux actions qui appartiennent à la caution contre le débiteur principal peuvent être intentées en même temps, et dès lors il peut paraître puéril de les distinguer avec autant de soin et de répartir entre chacune d'elles les effets qu'elles produiront par leur réunion. Ce n'est là qu'une apparence. Ce cumul des deux actions n'est possible que contre le débiteur; mais dès qu'on agit contre des tiers, ce n'est plus l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* qui peut être intentée, ce n'est que l'action fondée sur la subrogation, et la conséquence de la distinction est que, contre ces tiers, la caution ne peut pas demander les intérêts, les frais, les dommages et intérêts, ni profiter de la prolongation du délai de prescription que lui procure l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* quand elle l'exerce.

262 *bis*. III. C'est aussi parce que les deux actions ne se confondent pas que nous pouvons donner action contre les tiers au fidéjusseur qui s'est obligé malgré le débiteur. Obligé avec celui-ci, il se trouve dans la catégorie des personnes à qui l'article 1250-3° donne la subrogation légale, il peut donc agir même contre les tiers, mais dans les limites que nous venons d'assigner à celui qui s'appuie sur la subrogation.

262 *bis*. IV. La caution subrogée en vertu de l'article 1251-3° et de l'article 2029 est substituée aux droits du créancier, non-seulement contre le débiteur, mais contre les tiers. Elle aura donc incontestablement, si la dette est garantie par une hypothèque, le droit de *préférence* qui appartenait au créancier, c'est-à-dire le droit de se faire colloquer hypothécairement au rang qui appartenait à ce créancier. Mais l'hypothèque comprend virtuellement un autre

droit, le droit de *suite*, le droit d'agir hypothécairement contre les tiers détenteurs de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués à la dette. Sur le point de savoir si ce droit de suite appartient à la caution, il est né des doutes résultant de la comparaison qu'on est tenté de faire entre ces deux personnes, le tiers détenteur et la caution, toutes deux tenues d'une dette qui leur est étrangère, toutes deux subrogées, quand elles ont payé, dans les droits du créancier, c'est-à-dire le tiers détenteur subrogé contre la caution, si c'est lui qui a payé, la caution subrogée contre le tiers détenteur, si le paiement a été fait par elle (art. 1251-3°). La difficulté qui naît de la coexistence de ces deux droits qui se combattent l'un l'autre, a été examinée sur l'article 1251, où nous avons donné les raisons qui nous conduisent à préférer la caution au tiers détenteur (1).

263. Si le cautionnement a eu lieu pour plusieurs débiteurs, la caution a naturellement son recours contre chacun d'eux; et si ces débiteurs sont solidaires, le recours a lieu contre chacun pour le tout. Cette décision qui, au cas de mandat, s'expliquerait par le principe de solidarité légale entre les mandants (v. art. 2002), se justifie dans tous les cas par ce motif, que chaque débiteur solidaire a été libéré pour le tout par le paiement que la caution a fait. Du reste, comme c'est uniquement de la personne qu'elle a cautionnée que la caution est mandataire ou gérant d'affaires, la décision ne s'applique qu'au cas où la caution est intervenue pour tous les débiteurs. V. art. 2030.

263 *bis*. Dans l'hypothèse contraire à celle de l'article, c'est-à-dire quand le fidéjusseur n'a cautionné qu'un des codébiteurs solidaires, il aura certes recours pour le tout contre celui-ci, mais il ne pourra agir contre les autres que pour leur part, car il n'est ni leur mandataire ni leur gérant d'affaires; de plus, il n'est pas subrogé dans les droits du créancier, puisqu'il n'était pas tenu avec eux, mais seulement avec l'un d'entre eux. Serait-il subrogé légalement dans les droits qu'aurait eus le débiteur qu'il a cautionné s'il avait payé? Non, par deux raisons : la première, c'est que cette caution n'ayant pas payé n'a pas de droits dans lesquels quelqu'un puisse être subrogé de son chef; la seconde, c'est que la subrogation légale

(1) V. t. V, n° 197 *bis*. X.

consiste dans la substitution de celui qui paie dans les droits du créancier qui est payé, et le codébiteur solidaire n'est pas un créancier payé. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que le débiteur pour qui la caution s'est obligée, ayant procuré au prix d'un engagement qu'il a contracté la libération des autres codébiteurs, a contre ceux-ci un recours divisé en vertu de l'article 1214, et dans ces limites garanti par la subrogation, article 1251, que dès lors ce recours pourra être exercé par la caution en vertu de l'article 1166. Mais on peut voir comme ce recours diffère de celui qui serait protégé par la subrogation, puisqu'il expose la caution à un concours avec tous les autres créanciers du codébiteur cautionné par elle.

264. Le droit du mandataire au remboursement de ses dépenses n'étant indépendant de l'utilité effective de la dépense, que lorsqu'il n'y a aucune faute à lui imputable (art. 1999, al. 2), et la bonne administration étant plus particulièrement encore la condition de l'indemnité du gérant (art. 1375), tout paiement fait par la caution ne lui assure pas son recours.

Ainsi, comme il y aurait, en général, faute de la part de la caution qui n'avertirait pas le débiteur du paiement par elle fait, et l'exposerait ainsi à payer une seconde fois, cette faute, si elle a eu ce résultat, doit faire refuser à la caution la répétition d'une dépense qui se trouve par événement n'être pas utile, ou dont l'utilité du moins se borne à l'action en répétition contre le créancier. Le recours de la caution ne pourrait donc tendre qu'à se faire céder cette action, qui, dans la rigueur des principes, compète au débiteur (v. *Ulp.*, L. 29, § 3, D. *mand.*). Mais notre loi arrive plus directement à ce résultat, en privant la caution de tout recours, et lui accordant à elle-même l'action en répétition. V. article 2031, al. 1.

Pareillement, la caution doit évidemment être privée de recours, lorsque, par sa faute, elle a payé une dette déjà éteinte; mais la caution peut n'être pas en faute, si dans l'ignorance des moyens que le débiteur avait pour faire déclarer cette extinction, elle avait payé pour se soustraire à des poursuites dirigées contre elle (v. pourtant art. 2028, al. 2).

Elle ne serait certainement pas en faute, si, payant même volontairement, elle en avait donné *préalablement* avis au débiteur, qui aurait pu alors lui faire connaître ces moyens. Ce n'est donc qu'autant qu'elle a payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur, que le recours lui est en général refusé. Il est évident, du reste, que dans ce cas, il lui reste une action en répétition contre le créancier. V. art. 2031, al. dernier.

264 *bis*. I. Dans l'hypothèse prévue par le 2e alinéa de l'article, la faute de la caution consiste à avoir payé sans être poursuivie et sans donner avis du projet de paiement au débiteur principal. Si des poursuites avaient été commencées contre la caution, il paraît bien résulter *a contrario* de la décision donnée par la loi que la caution n'a pas à prévenir le débiteur. Elle est pressée de se soustraire aux poursuites et elle a hâte de satisfaire le créancier, le temps lui manque pour donner avis au débiteur. Il faudrait toutefois se garder de généraliser cette décision et de l'appliquer à toutes les hypothèses possibles. Ainsi, quand la poursuite consiste en une citation en justice, appliquer la disposition de la loi, c'est se mettre en opposition avec la théorie sur la garantie, telle qu'elle nous est montrée par l'article 1640. L'acheteur garanti qui se défend sans appeler son garant s'expose à ne pas triompher ensuite dans l'action en garantie, si le vendeur démontre qu'il existait des moyens suffisants pour faire repousser la demande. Le fidéjusseur aussi est un garanti, pourquoi pourrait-il en défendant seul et surtout en cédant à l'action, priver le garant du droit de faire valoir les moyens qui lui appartiennent pour repousser la demande? La caution doit appeler en cause le débiteur principal, c'est pour ces hypothèses qu'est créée l'exception dilatoire de garantie (art. 175, C. Pr.); en l'opposant, le fidéjusseur obtiendra le temps nécessaire pour appeler son garant, et il est vraiment coupable de renoncer à ce bénéfice qui protégerait le débiteur.

264 *bis*. II. Au contraire, la poursuite peut être plus menaçante qu'une citation en justice, et c'est probablement à ce genre de poursuites qu'a songé l'article 2031. Si la caution est poursuivie en vertu d'un titre exécutoire, soit qu'elle ait contracté son engagement par acte notarié, soit qu'elle ait déjà été condamnée peut-être conjointement avec le débiteur principal et qu'on la poursuive en vertu

de ce jugement, il n'y a pas de temps à perdre, pas d'exception dilatoire; à peine de saisie dans un délai très-bref, il faut s'exécuter. Alors on comprend que la caution effrayée n'avertisse pas le créancier, et que le Code ne lui impute pas à faute ce défaut d'avertissement.

265. Si le recours est quelquefois refusé à la caution qui a payé, il peut, au contraire, être quelquefois accordé à celle qui n'a pas encore payé. En effet, pour que le mandataire ou le gérant ait droit à indemnité, il n'est point toujours nécessaire qu'il y ait eu de sa part avance consommée (v. art. 1375, 1998).

A cet égard, il faut d'abord reconnaître que l'engagement de payer pour le débiteur n'est contracté par la caution qu'envers le créancier. Au contraire, entre la caution et le débiteur, il est tacitement entendu que la caution n'intervient que pour rassurer le créancier, et que le débiteur ne la laissera pas contraindre au paiement. Aussi a-t-on toujours tenu qu'il suffisait à la caution d'être condamnée pour agir en recours (*Diocl. et Max.*, L. 10, Cod.; *Marcell.*, L. 38, § 1, D. *mand.*). Bien plus, dans la pratique française, que notre Code a consacrée, la caution pour agir n'a pas besoin d'attendre la condamnation; il lui suffit d'être poursuivie. V. art. 2032-1°.

La caution, dans tous les cas, ne s'engageant que dans l'espoir d'un recours utile, ne peut être tenue d'en différer l'exercice, lorsque l'état de faillite ou de déconfiture du débiteur la menacerait de le perdre, si elle n'agissait actuellement. V. art. 2032-2°; L. 10, Cod.; 38, § 1, D. *mand.*

En outre, la convention tenant lieu de loi, il est clair que le recours doit être ouvert lorsqu'il a été, expressément ou tacitement, convenu que la caution ne demeurerait pas obligée au delà d'un certain temps, et que ce temps est arrivé (art. 2032-3° et 4°; L. 10, Cod , *mand.*).

Il y a convention expresse, lorsque le débiteur s'est formellement obligé à rapporter la décharge au bout d'un certain temps. V. art. 2032-3°.

Il y a convention tacite, par cela seul que la dette prin-

cipale a été contractée à terme; car la caution doit avoir entendu qu'elle ne demeurerait pas obligée au delà de ce terme. V. art. 2032-4°.

Enfin, en l'absence même de toute convention, on ne suppose pas que la caution ait voulu demeurer indéfiniment obligée : ainsi, après un long espace de temps, le recours doit lui être ouvert (L. 38, § 1, D. *mand.*); le Code fixe à dix ans ce long espace de temps. Mais bien entendu que cette règle ne s'applique qu'au cas où l'obligation principale n'avait pas de terme fixe d'échéance; car la caution serait toujours censée avoir consenti à s'obliger jusqu'à l'échéance. Par la même raison, la règle cesse encore lorsque, indépendamment de tout terme stipulé, l'obligation principale est de nature à ne pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. V. art. 2032-5°.

265 *bis*. I. Si la caution peut agir quelquefois avant d'avoir payé, c'est la conséquence du mandat ou de la gestion d'affaires qui a été le point de départ du contrat de cautionnement. La caution n'a pas entendu s'obliger à titre principal, le débiteur devait payer. Il doit donc non-seulement l'indemniser quand elle a souffert un préjudice comme lorsqu'elle a elle-même acquitté l'obligation ou lorsqu'elle a été saisie, mais encore il doit la protéger contre toute inquiétude, contre tout danger imminent. Le paragraphe 4 de notre article ne laisse pas de doute sur cette obligation du débiteur, puisqu'il le considère comme obligé envers la caution uniquement parce que la dette est échue. Certes la caution n'a rien encore déboursé, elle n'est pas poursuivie, mais le terme étant arrivé, elle peut craindre les exigences du créancier, il y a pour elle péril imminent, et contre cette éventualité elle a droit à une protection.

265 *bis*. II. L'action qui lui appartient en pareil cas est nommée par Pothier action en *indemnité*, et le Code s'approprie cette manière de parler quand il écrit : la caution peut agir contre le débiteur pour être par lui *indemnisée*. Cette expression est certainement détournée de son sens habituel, puisqu'on entend ordinairement par indemnité la réparation d'un dommage éprouvé, tandis que nous songeons ici à un dommage futur et incertain (*damnum infectum*). Le fidéjusseur demande une protection contre ce dommage possi-

ble, il agit préventivement, ce qu'il demande en réalité, c'est d'être libéré de son obligation, il veut que le débiteur trouve un moyen de le dégager et de le soustraire par là au péril des poursuites futures.

L'indemnité que le débiteur doit procurer à la caution consiste à prendre des mesures pour que le fidéjusseur soit sûr d'être *indemne*, c'est-à-dire de ne pas subir un dommage. Ce résultat sera obtenu si le débiteur paye, ou bien s'il obtient conventionnellement du créancier la libération de la caution, enfin s'il dépose les fonds nécessaires au paiement à la caisse des consignations. Il ne peut être question de lui imposer le dépôt de ces fonds entre les mains de la caution, car il pourrait arriver, si la caution devient insolvable, sans avoir payé, que le débiteur se trouvât contraint à faire un double déboursé.

265 *bis*. III. L'article énumère cinq cas dans lesquels la caution peut agir contre le débiteur principal, bien qu'elle n'ait pas payé. Dans le 1er cas le danger est évident et imminent.

Dans le 2e cas on comprend bien que la caution, quoiqu'elle n'ait pas perdu le bénéfice du terme à raison de la faillite ou de la déconfiture du débiteur, ait intérêt à agir, puisque son recours pour le cas où elle paierait est singulièrement compromis par la situation notoire du débiteur principal. Mais ce qui n'apparaît pas aussi facilement, c'est ce que la caution pourra obtenir par son action en indemnité. Elle ne saurait en effet, sous prétexte d'assurer sa créance éventuelle contre le débiteur, se présenter à la répartition des valeurs appartenant au débiteur failli ou en déconfiture concurremment avec le créancier; celui-ci demande probablement son paiement, il est colloqué pour un dividende, et si la caution était également colloquée, le même créancier serait compris deux fois dans les répartitions au grand détriment des autres créanciers.

Tout ce que la loi a voulu dire, c'est que la caution, si le créancier ne se présente pas aux répartitions, pourra se présenter elle-même et être colloquée, sauf évidemment à ne pas toucher le montant de cette collocation tant que le créancier n'est pas payé. N'oublions pas, en effet, que l'action de la caution a pour but non de lui faire toucher une somme d'argent, mais de lui procurer autant que possible une assurance contre l'attaque future que le créancier dirigera contre elle. Elle est garantie suffisamment par le dépôt à la caisse des consignations, et elle n'a pas plus qu'elle

ne doit avoir, puisqu'elle ne touche pas le montant de sa collocation. Il est clair, du reste, qu'elle n'est pas complétement assurée contre les poursuites, mais cela tient à la faillite ou à la déconfiture du débiteur contre qui, exerçant une action pour obtenir une somme qui la garantisse complétement, elle ne peut effectivement prétendre à autre chose qu'à un dividende.

265 *bis*. IV. Le danger, dans le 3[e] cas prévu, n'est peut-être pas aussi grave que dans les deux premiers, car le créancier n'agit pas et le débiteur est solvable, mais il y a une promesse spéciale sur ce point, le débiteur a promis que le fidéjusseur serait libéré à une certaine époque. Cet engagement a engendré une obligation de faire dont l'exécution peut être exigée.

265 *bis*. V. La quatrième hypothèse se rapproche de la précédente, l'engagement de libérer à une certaine époque n'a pas été contracté expressément, mais tacitement, car on peut facilement supposer, la dette principale étant à terme, que le débiteur a manifesté l'intention de payer au terme et que la caution a entendu qu'il en serait ainsi.

Nous verrons du reste, à l'article 2039, que la volonté du créancier qui donnerait un nouveau délai ne détruirait pas le droit qu'a la caution d'être libérée à l'époque fixée par la convention première.

265 *bis*. VI. Le 5[e] paragraphe de l'article suppose que l'obligation n'a pas de terme fixe d'échéance. Elle résulte par exemple d'un prêt sans terme, le créancier, par conséquent, ne peut pas inquiéter le débiteur. Quant à la caution, il est difficile d'admettre qu'elle ait consenti à rester liée à l'obligation d'autrui pendant un temps indéfini. On peut bien présumer qu'il est intervenu une convention tacite entre elle et le débiteur, par laquelle celui-ci s'est engagé à lui procurer sa libération après un certain temps. Par là, notre 5[e] paragraphe se rattache au précédent et se présente comme une conséquence du troisième. La loi fixe à dix ans le terme que le débiteur et le fidéjusseur ont dû assigner à l'engagement de celui-ci.

265 *bis*. VII. Nous avons présenté comme exemple du fait prévu par l'article 2132, 5°, le cas d'un prêt sans terme, nous pouvons assimiler à cette espèce celle où l'obligation principale serait l'obligation d'un débiteur de rente perpétuelle. On discutait autrefois sur ce point, mais Pothier concluait, en s'appuyant sur la pratique, à l'application du principe au cas de rente, parce que, bien que la rente soit perpétuelle et que le débiteur, dans ses rapports avec le

créancier, ne soit jamais tenu au remboursement du capital, on peut bien admettre, puisqu'il a toujours la faculté de racheter, qu'il s'est engagé envers la caution à en user dans un certain délai pour la libérer (1).

265 *bis*. VIII. L'obligation principale a peut-être une durée définie, elle ne peut pas s'éteindre avant un certain temps, mais elle doit s'éteindre à cette époque; alors la caution n'est pas obligée *in perpetuum*, et par conséquent il n'y a pas de raison pour venir à son secours par la détermination arbitraire d'un délai comme le délai de dix ans. Secondement, elle est dans la position d'une caution qui a cautionné une obligation dont le terme est supérieur à dix ans et qui a accepté ainsi d'être liée pendant quinze ou vingt ans. Enfin, l'obligation principale ne pouvant pas être exécutée par le débiteur avant l'époque fixée, il serait impossible à ce débiteur de procurer à la caution sa libération. Voilà les raisons de l'exception que l'article 2132 5° fait à la règle qu'il a d'abord posée.

Cette exception embrasse, par exemple, le cas du cautionnement d'une tutelle. Cas rare de nos jours, puisque la loi n'impose pas aux tuteurs l'obligation de donner caution; on peut toutefois supposer que le tuteur a consenti à fournir cette garantie. La tutelle a une fin naturelle, c'est la majorité du mineur, de plus elle ne peut pas finir plus tôt par la volonté du débiteur, par conséquent il serait injuste de donner à la caution le droit de demander que le tuteur lui procure sa libération.

Nous dirons la même chose de la caution du débiteur d'une rente viagère, de celle d'un usufruitier, d'un mari pour la restitution de la dot. Enfin on appliquera la règle de l'article 2032 *in fine* à la caution du débiteur d'une rente qu'on aura déclarée irrachetable pendant un temps qui peut être de trente ans au plus, d'après l'article 530 du Code civil.

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

266. Le cautionnement de la même dette par plusieurs ne constitue immédiatement entre les cofidéjusseurs ni contrat

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 443.

ni quasi-contrat; mais l'acquittement par un seul de la dette dont ils étaient tous tenus, forme, dans notre droit, une sorte de quasi-contrat, reposant sur le principe d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. De ce quasi-contrat naît une action en recours, dont chaque caution est naturellement tenue pour sa part.

Ce recours de la caution contre ses cofidéjusseurs n'étant fondé que sur l'avantage qu'elle leur a procuré à ses dépens, il faut, pour y donner lieu, non-seulement qu'il y ait eu paiement, mais que ce paiement ait été fait en temps opportun. Le paiement, au reste, est censé fait en temps opportun, lorsque la caution était poursuivie, ou lorsque, ayant juste sujet de prétendre à sa décharge, elle a pu, si le débiteur ne la lui fournissait pas, chercher à se la procurer en payant; ce qui comprend exclusivement les cas où nous avons vu la caution autorisée par la loi à agir contre le débiteur avant d'avoir payé. V. art. 2033, et à ce sujet, art. 1214; voyez, au surplus, art. 1251-3° et 1252.

266 *bis*. I. Nous avons jusqu'ici supposé une caution unique garantissant la dette principale. Les rapports se compliquent quand il y en a plusieurs. Existe-t-il entre elles un lien de droit qui les associe en quelque sorte à une affaire commune qui serait le paiement de la dette? Le droit romain n'admettait pas l'existence de ce lien entre personnes qui n'avaient pas contracté les unes avec les autres, et qui n'étaient même pas dans les rapports de *negotiorum gestor* et de *dominus*, quand l'une d'elles avait payé la dette, parce que celle-ci avait agi pour elle à raison de l'obligation dont elle était tenue et non pas pour l'autre fidéjusseur. Ils donnaient seulement au fidéjusseur qui payait le droit de se faire céder les actions du créancier, et par suite de la cession il avait action contre ses cofidéjusseurs.

Pothier constate que dans l'ancien droit le fidéjusseur qui a payé a un recours contre ses cofidéjusseurs, et il fonde ce recours sur l'équité qui ne permet pas que ceux qui étaient tenus comme lui de la dette profitent à ses dépens du paiement qu'il en a fait. C'est, dit-il, la même raison d'équité qui a fait admettre le bénéfice de division, et qui, une fois la dette payée, sera la cause d'un recours.

alors même que la caution n'aurait pas eu droit au bénéfice de division (1).

266 *bis*. II. Le Code civil admet certainement la doctrine de Pothier, puisqu'il établit nettement le droit de recours de la caution qui a payé contre les autres. D'un autre côté, il a reconnu dans les articles 1251-3° et 1252 que la subrogation légale existe en faveur des cautions contre leurs cofidéjusseurs. Or, l'article 2033 est absolument indépendant de l'article 1251, il ne le rappelle pas dans ses termes, il laisse de côté les effets spéciaux de la subrogation, par conséquent il n'est pas une pure application de cet article, il consacre un droit distinct de celui qui résulte de la subrogation. Nous avons donc ici, comme sur l'article 2028, à distinguer deux actions, l'une qui est l'action *negotiorum gestorum utilis*, dont parle Pothier, l'autre l'action du créancier qui passe par la subrogation légale au fidéjusseur comme elle lui passait en droit romain par la cession d'actions.

266 *bis*. III. Parlons d'abord de l'action qui résulte du texte de l'article 2033. Elle ne peut être intentée que dans les cinq cas prévus par l'article 2032, c'est-à-dire quand la caution qui a payé a eu juste sujet d'acquitter l'obligation. La loi qui lui donne une action fondée sur l'équité ne veut pas qu'elle puisse, par sa précipitation, hâter le moment où les autres cautions auraient été obligées de payer à la requête du créancier. La juste cause du paiement n'est pas la même dans les diverses hypothèses, et il nous faut les examiner successivement pour apprécier le motif spécial qui a déterminé dans chaque cas les décisions du législateur.

266 *bis*. IV. Dans le 1er cas, la chose est claire, le fidéjusseur était poursuivi, il ne pouvait pas éviter de payer. Dans le 4e, quand la dette est échue, il est exposé à des poursuites, et l'on comprend qu'il les prévienne pour ne pas se trouver dépendant du caprice du créancier. Dans le 2e, on ne suppose pas qu'il soit poursuivi, mais les poursuites sont imminentes, et dans tous les cas il agit au mieux des intérêts de tous les fidéjusseurs, car il paie pour produire à la faillite et diminuer, en recevant un dividende, le chiffre de la dette à répartir entre eux. Dans la 3e et dans la 5e hypothèse, la raison de la loi apparaît moins facilement; car ces deux dispositions tiennent compte d'un engagement exprès ou tacite qu'a pris le débiteur de

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 445.

dégager la caution après un certain temps. On comprend qu'il en résulte pour la caution le droit de poursuivre le débiteur pour qu'il lui procure sa libération, on comprend aussi qu'il se libère en payant et qu'il ait action contre le débiteur; mais dans ses rapports avec les cofidéjusseurs, il est plus difficile d'expliquer comment le paiement d'une dette qui n'est pas exigible peut lui donner une action contre eux en vertu d'une convention à laquelle ils sont étrangers. Le texte, pourtant, est formel, et il nous paraît qu'en ne distinguant pas entre ces deux hypothèses et les trois autres, le Code s'est tout particulièrement occupé de chercher si la caution qui payait avait eu une cause légitime de payer, au lieu d'envisager si le paiement qu'elle faisait profitait aux autres cautions, ce qui était cependant le point principal à considérer, puisqu'on réglait les conditions d'un recours exclusivement fondé sur l'équité.

266 *bis*. V. Nous venons de parler du recours fondé sur l'article 2033. Si la caution qui a payé agit en vertu de la subrogation légale, elle aura quelques avantages que ne lui procure pas cet article, elle pourra notamment poursuivre le certificateur qui a cautionné un de ses cofidéjusseurs, bien que l''article 2033 ne lui donne pas action contre lui, puisque le certificateur n'est pas caution de la dette que cautionne celui dont nous nous occupons. Son action sera garantie par une hypothèque impliquant droit de préférence et droit de suite, si l'un de ses cofidéjusseurs a donné une hypothèque pour garantir l'obligation qu'il contractait comme fidéjusseur. Elle pourra demander des intérêts si la créance principale était productive d'intérêts. Elle aura un titre exécutoire si le titre du créancier avait cette qualité, tandis que sa créance de recours fondée sur l'article 2033 ne produirait pas d'intérêts, puisqu'elle n'a pas pour base un contrat de mandat et qu'elle ne peut être exécutoire comme l'ancienne créance, puisque c'est une créance nouvelle.

266 *bis*. VI. Voilà les principaux avantages que la caution trouvera dans l'action fondée sur l'article 1251. Cette action aura pourtant quelques désavantages; ainsi elle se prescrira plus vite que l'action propre qui résulte de l'article 2033. Celle-ci, action nouvelle née du fait du paiement, ne sera prescrite que par trente ans à partir de ce paiement; l'autre, action du créancier passant au fidéjusseur par une sorte de cession tacite, sera prescrite à l'expiration du délai qui appartenait encore à ce créancier pour l'exercer utilement.

266 *bis*. VII. On voit que quelquefois la caution qui a payé aura intérêt à s'appuyer sur l'article 1251 plutôt que sur l'article 2033, mais alors elle ne pourra pas bénéficier des dispositions spéciales de ce dernier article. Ainsi, que la dette principale soit échue, que la caution ait été poursuivie en justice, que le débiteur ait fait faillite ou soit en déconfiture, peu importera si la caution contre laquelle il s'agit de diriger des poursuites a stipulé un terme plus long que celui qui est accordé au débiteur principal, et si le terme n'est pas arrivé, ou si elle est engagée sous une condition qui ne s'est pas encore réalisée. De même, quand la caution qui poursuit son cofidéjusseur s'appuie sur ce qu'elle avait stipulé qu'on lui apporterait sa décharge, ou ce qui revient au même, si elle agit au bout de dix ans, parce que l'obligation n'avait pas de terme fixe, elle ne peut pas invoquer la subrogation et bénéficier des droits spéciaux qui en découlent, puisqu'elle ne saurait avoir plus de droit que le créancier auquel elle se prétend substituée, et que le créancier ne pouvait pas agir contre une caution avant le terme ou avant la condition qu'elle avait assignée à son engagement. Nous avons en effet constaté que les différentes cautions pouvaient être engagées sous des modalités diverses, d'où il résulte que le créancier n'a pas toujours le droit de les poursuivre toutes au même moment. Le cofidéjusseur subrogé n'aurait pas plus de droit que lui.

266 *bis*. VIII. Notre doctrine sur l'article 2033 se résume donc en ceci : quand la caution qui a payé agit contre ses cofidéjusseurs par une simple action *negotiorum gestorum utilis,* elle peut intenter son action dans les cinq hypothèses prévues par l'article 2033; mais quand elle veut invoquer contre son cofidéjusseur ou contre un tiers, comme un certificateur ou un tiers détenteur d'immeuble hypothéqué, la subrogation légale résultant de l'article 1251, les dispositions un peu exceptionnelles et arbitraires des articles 2033 et 2032 ne sont pas applicables, et la caution qui a payé ne peut agir que tout et autant que le créancier aurait pu agir lui-même.

266 *bis*. IX. Dans toutes les hypothèses que nous avons examinées et qui sont réglées soit par l'article 2033, soit par l'article 1251, la caution agit parce qu'elle a payé. N'aurait-elle pas quelques droits contre ses cofidéjusseurs avant même d'avoir payé? Ce ne peuvent pas être les droits fondés sur la subrogation, puisque la

subrogation suppose nécessairement la préexistence d'un paiement. Mais ce pourrait être en vertu de l'article 2033 que la caution agirait contre ses cofidéjusseurs. Il résulte en effet de cet article que les cofidéjusseurs se doivent mutuellement une sorte de garantie quand ils ont payé la dette commune, donc le fidéjusseur poursuivi par le créancier a intérêt à appeler en cause ses cofidéjusseurs non pas pour faire diviser entre eux l'action s'il n'a pas droit au bénéfice de division, mais pour faire déclarer commun entre eux et lui le jugement qui le condamnera au tout envers le créancier, ce qui lui assurera un recours contre lequel les autres cautions ne pourraient pas alléguer qu'il a eu tort de payer (art. 1640).

266 *bis*. X. Nous avons une dernière observation à faire. Dans le cas même où la caution qui a payé s'appuie sur la subrogation, elle ne peut demander à chacun des cofidéjusseurs que sa part de la dette, bien que le créancier ait eu le droit de demander à chacun le tout. Cette solution nous est imposée par celle que la loi a donnée au cas de solidarité (art. 1214), et elle doit être complétée par une décision semblable à celle du même article 1214, deuxième alinéa, pour le cas où parmi les cofidéjusseurs il en existerait un ou plusieurs qui seraient insolvables.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

267. Il n'y a nulle raison pour ne pas appliquer, en général, à l'obligation qui résulte du cautionnement, les causes ordinaires d'extinction. V. art. 2034, et à ce sujet, art. 1234. Toutefois cette proposition se modifie dans son application à la perte de la chose due et à la prescription, par suite du principe qui rend la caution responsable du fait du débiteur (v. *Paul.*, L. 58, § 1, D. *de fidej.*; C. civ., art. 2250; v. aussi art. 1205 et 1206).

267 *bis*. I. L'obligation de la caution s'éteint quelquefois directement, c'est-à-dire en vertu d'un fait accompli par la caution,

quelquefois indirectement, par contre-coup de l'extinction de l'obligation principale.

C'est des causes directes d'extinction du cautionnement que parle l'article 2034, qui contient une sorte de renvoi à l'article 1234. Il faut donc reprendre l'énumération contenue dans ce dernier article et voir l'influence qu'exerceront sur le cautionnement les divers événements qu'il prévoit.

Le paiement, nous parlons de celui qui est effectué par la caution, la libère certainement, il libère aussi le débiteur principal, mais par rapport à la caution il produit un effet direct.

267 *bis*. II. La novation opérée par la volonté de la caution peut porter sur le cautionnement et non sur la dette elle-même. S'il s'agit de nover le cautionnement, ce peut être une substitution d'un débiteur à un autre, c'est-à-dire d'une caution à une autre, certainement l'ancienne caution se trouvera dégagée. Si l'on a changé quelque chose à l'obligation de la caution, par exemple une condition, elle est dégagée de l'obligation précédente et n'est plus caution que dans les termes de son nouvel engagement. Si l'objet de la dette de la caution a été changé, l'ancienne obligation cessera également d'exister, et quant à la nouvelle, elle sera valable dans les termes où nous avons plus haut validé le cautionnement par lequel le fidéjusseur promet autre chose que la chose due par le débiteur principal.

Pour la novation du cautionnement par le changement de créancier, elle n'est pas possible tant que la créance principale ne subit pas la même tranformation, car la créance née de la fidéjussion n'a plus de cause quand elle existe en faveur d'une personne qui n'est pas créancière de la dette qu'il s'agit de garantir.

267 *bis*. III. La remise volontaire peut être faite par une convention entre le créancier et la caution, et alors elle éteint l'obligation accessoire en laissant subsister l'obligation principale (art. 1287).

La compensation peut produire des effets entre la caution et le créancier quand celui-ci est devenu débiteur de celle-là. Mais elle n'aura pas lieu de plein droit aussitôt que deux dettes, réunissant les conditions de la compensation légale, coexisteront en sens inverse (art. 1294-2°). Si cette extinction réciproque des deux dettes se produisait, la caution se trouverait forcée de faire ainsi en quelque sorte l'avance de la somme due et en serait réduite à un

recours contre le débiteur, tandis qu'elle ne doit, dans l'ordre normal des faits, être tenue de payer qu'autant que le débiteur ne paie pas (1). La caution poursuivie pourrait cependant se prévaloir de la compensation pour ne pas payer, et alors la compensation, opérant comme un paiement, libérerait le débiteur, qui serait exposé au même recours que si la caution avait payé.

267 *bis*. IV. Les effets de la confusion sont réglés par l'article 2035, nous les étudierons sur le n° 268.

La perte de la chose due est un événement qui n'éteint l'obligation qu'autant qu'il est fortuit, par conséquent nous n'avons pas à nous en occuper quand nous traitons de l'effet des actes extinctifs d'obligation accomplis par la caution.

267 *bis*. V. On pourrait doctrinalement concevoir une prescription spéciale du cautionnement qui aurait ses conditions propres, par exemple qui s'accomplirait par des délais dont le point de départ ne serait pas le même que celui du délai par lequel se prescrirait la dette principale. Cependant, l'article 2250 établit une grande connexité entre la prescription de la dette principale et celle de la dette accessoire, puisque l'interruption qui se produit quant à la dette principale a des effets par rapport à la dette accessoire, et que l'interruption qui aurait eu lieu dans les rapports avec la caution ne saurait constituer cette caution débitrice alors que le débiteur principal aurait cessé de l'être.

267 *bis*. VI. Nous remarquerons cependant que le lien intime établi entre les deux prescriptions ne constitue pas leur unification; car ce que la loi dit des causes d'interruption, elle ne le dit pas des causes de suspension, et par conséquent on pourrait concevoir que la prescription ne fût pas suspendue par rapport à la caution, bien qu'elle le fût par rapport au débiteur. Ceci, du reste, sera rare, et l'espèce que nous avons en vue demande à être soigneusement précisée dans ses détails.

Nous songeons à une application de l'article 2253. Un mari est créancier de sa femme, et la dette est garantie par un cautionnement; la prescription ne courant point entre époux, la femme débitrice principale ne prescrit pas la dette, tant que dure le mariage, mais la prescription courra en faveur du tiers fidéjusseur.

267 *bis*. VII. Nous avons avec intention supposé que le créancier

(1) V. t. V, n° 246 *bis*. II.

était le mari; si nous renversions l'hypothèse, et si la femme était créancière de son mari, notre solution ne devrait plus être la même; la prescription serait suspendue même par rapport à la caution, ce ne serait pas en vertu de l'article 2253, mais en vertu de l'article 2256-2°. Si, en effet, la femme poursuivait la caution, celle-ci actionnerait le mari en garantie ou en recours, donc l'action de la femme refléchirait contre le mari, et c'est un cas où la prescription est suspendue.

Enfin, il est certain que la nullité ou la rescision du contrat de cautionnement éteindra l'obligation de la caution, comme aussi l'arrivée de la condition résolutoire ou du terme extinctif qui aura affecté son engagement.

268. Au nombre des manières d'éteindre les obligations, se trouve la confusion, qui recevrait ici son application ordinaire, si elle s'opérait entre le créancier et la caution; mais les Romains reconnaissaient en outre, comme manière d'éteindre l'obligation qui résulte du cautionnement, une autre espèce de confusion, celle qui s'opérerait entre le débiteur et la caution devenus héritiers l'un de l'autre (v. *Scæv.*, L. 93, § 2 et 3, D. *de sol.*; v. pourtant *Papin.*, L. 95, § 3, *eod.*; L. 3, D. *de separ.*); et de là ils tiraient la conséquence, que cette confusion éteindrait, sinon tous les accessoires particuliers à l'obligation du fidéjusseur, au moins l'obligation accessoire d'un sous-fidéjusseur (v. *Afr.*, L. 38, § 5, D. *de sol.*). Cette décision, plus subtile qu'équitable, est avec raison rejetée par le Code. V. art. 2035; et concluez affirmativement que la confusion dont il s'agit laisse subsister dans leur entier tous les effets de l'obligation fidéjussoire que le créancier a intérêt de conserver.

268 *bis*. I. La confusion consistera ordinairement dans la réunion des deux qualités incompatibles de créancier et de caution. Nous ne parlons pas de la confusion opérée en la personne du débiteur principal, puisque nous traitons seulement en ce moment des événements juridiques survenus du côté de la caution. Cette réunion de qualités de caution et de créancier produit en vertu des principes un effet très-simple. L'obligation de la caution est éteinte, car elle a pour effet de lier la caution envers le créancier, et il est

impossible que cette caution soit liée envers elle-même. Mais cette confusion n'a pas d'effet par rapport au débiteur, qui reste tenu envers le créancier (1). Ce n'est pas parce que celui-ci ne peut pas se poursuivre comme caution qu'il perdra son action contre le débiteur principal. La confusion, du reste, aura un effet important, elle libérera le certificateur, car l'obligation de la caution est par rapport à ce certificateur une obligation principale, et son extinction doit entraîner celle de l'obligation accessoire. Comment, d'ailleurs, l'ancienne caution pourrait-elle agir contre sa propre caution envers qui elle est débitrice d'une indemnité toutes les fois que celle-ci a payé la dette?

268 *bis*. II. La confusion peut se produire autrement en matière de cautionnement. Elle peut résulter de la réunion sur la même tête des deux qualités de caution et de débiteur principal. C'est l'hypothèse qu'a en vue l'article 2035. Les deux qualités ne sont pas alors aussi incompatibles que celles de créancier et de débiteur. Cependant, il y a entre elles une certaine inconciliabilité; car en quoi peut-il être ordinairement utile au créancier que son débiteur soit tenu envers lui à deux titres, comme débiteur et comme caution? Ou ce débiteur est solvable, ou il ne l'est pas; dans le premier cas une seule action suffira contre lui, dans le second cas le créancier ne sera pas plus payé en exerçant deux actions qu'en en exerçant une seule. Voilà ce qui fait considérer l'engagement *ex fidejussoria causa* comme faisant double emploi avec l'engagement principal, et ce qui a conduit à dire que le cautionnement disparaît. C'est bien la pensée du Code qui appelle cet événement une confusion et qui limite son effet extinctif, ce qui implique qu'il éteint jusqu'à un certain point le cautionnement.

268 *bis*. III. La restriction que la loi apporte à l'effet extinctif de la confusion va nous montrer complètement quelle est la théorie de la loi. Elle suppose que la caution avait donné un certificateur, et elle décide que la réunion des deux qualités de caution et de débiteur principal n'a pas pour conséquence l'extinction de l'obligation du certificateur qui a cautionné la caution. Cependant celui-ci étant caution d'une dette principale qui était l'obligation de la caution, quand cette dernière obligation s'éteint, il devrait en résulter l'extinction de son accessoire, c'est-à-dire de l'obligation du certificateur.

(1) V. t. V, n° 253 *bis*. II.

268 *bis*. IV. Si la loi n'arrive pas à cette conséquence, qui paraît logique, c'est qu'elle n'a pas précisément foi en son principe. Elle appelle bien confusion la réunion des qualités de caution et de débiteur, et elle sous-entend que le cautionnement s'éteint, mais c'est uniquement, nous l'avons dit, parce que cet engagement ferait double emploi avec celui du débiteur principal, autrement dit parce que le créancier n'a pas intérêt à conserver deux actions contre la même personne. Si l'intérêt se montre, la loi n'est pas esclave de l'expression qu'elle a employée et ne permet pas d'invoquer la confusion. Or, le créancier a intérêt à ce que l'obligation de la caution ne soit pas considérée comme éteinte, puisqu'elle soutient l'obligation du certificateur; dès qu'il a intérêt, les deux actions ne font plus double emploi, et la prétendue extinction par confusion n'a plus de raison d'être.

268 *bis*. V. Les raisons qui ont inspiré le législateur montrent que sa décision doit être généralisée et qu'on doit refuser tout effet extinctif à l'espèce de confusion dont nous parlons, toutes les fois que le créancier aura intérêt à ce que le cautionnement ne soit pas éteint, par exemple si la caution avait donné une hypothèque (1), ou si elle était plus énergiquement liée par son obligation que le débiteur par la sienne; si celui-ci, par exemple, était tenu d'une obligation naturelle, tandis que la caution avait contracté une obligation civile valable.

269. L'obligation principale étant la cause unique de celle de la caution, il est clair que son extinction doit entraîner l'extinction du cautionnement, comme sa nullité en entraînerait la nullité (art. 2012). Et toutefois sur l'un et l'autre point il existe, comme on l'a déjà vu pour la nullité, une modification importante : c'est qu'il ne faut pas étendre à l'obligation de la caution les privilèges purement personnels aux débiteurs qui détruisent ou atténuent l'effet de l'obligation principale. Telle serait, par exemple, l'exception résultant du concordat (C. comm., art. 545). Sous cette limitation, toutes les exceptions, c'est-à-dire, ici, tous les moyens de défense qui compètent au débiteur pour repousser l'action du créan-

(1) V. C. Rouen, 19 novembre 1874. Sirey, 1876, 2, 324.

cier, peuvent être invoquées par la caution. V. art. 2036; v. à ce sujet art. 1208. Remarquez, au reste, qu'il ne suffirait pas pour faire réputer l'exception purement personnelle, que sa cause fût née dans la personne du débiteur sans le concours de la caution, ni même qu'elle eût été constituée nommément en faveur du débiteur dans l'intention de le gratifier; car lui-même est intéressé à la libération de la caution (voy. *Paul,* L. 21, § 5, D. *de pact.;* voy. pourtant *Ulp.,* L. 22; *Paul,* L. 32, D. *eod.;* voyez, sur le tout, articles 1287 et 2037).

269 *bis.* I. La caution est libérée indirectement quand l'extinction de sa dette résulte de l'extinction de l'obligation principale. La loi parle de ces cas d'extinction en les comprenant dans une même formule avec tous les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'action du créancier.

Parmi ces moyens se trouvent tous ceux qui s'appuieraient soit sur une nullité radicale, soit sur une annulabilité de l'obligation cautionnée. Nous avons déjà expliqué, sur l'article 2012, quels étaient de ces moyens ceux que la caution pourrait invoquer et ceux qui, n'appartenant qu'au débiteur lui-même, sont qualifiés par le Code d'exceptions purement personnelles au débiteur. Nous n'avons pas à y revenir (1).

269 *bis.* II. Sur les causes d'extinction proprement dites, nous n'avons que quelques observations à faire. Car, en principe, il est clair que si l'obligation principale n'existe plus, on ne peut guère concevoir l'existence de l'obligation accessoire qui la garantissait. Ceci n'est pas douteux dans les cas de paiement, de compensation (art. 1294), de novation (art. 1281), de remise de la dette (art. 1287), de confusion quand il s'agit de la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur principal (art. 1301), enfin, de prescription accomplie par le débiteur principal.

269 *bis.* III. Il faut s'arrêter un instant sur la perte de la chose due. Si elle survient par un cas absolument fortuit et sans que le débiteur principal ni la caution aient été en demeure, il est certain que l'obligation principale s'éteint, et par suite le cautionnement. Mais si le débiteur principal a causé la perte par son fait ou par sa

(1) V. ci-dessus, n° 141 *bis.* I-XI.

faute, ou bien s'il était en demeure, l'obligation principale ne périt pas et celle du fidéjusseur n'est pas éteinte, car, bien qu'il soit étranger au fait qui a détruit la chose ou qu'il n'ait pas été mis en demeure, il doit être considéré comme ayant accepté la responsabilité des actes de celui dont il s'est fait le répondant. En cautionnant une obligation de corps certain, il a cautionné non-seulement l'obligation de rendre la chose, mais aussi l'obligation secondaire de la veiller et de la conserver (art. 1137), et de la rendre exactement *sine mora* (1).

269 *bis*. IV. L'hypothèse inverse est plus délicate, c'est la caution qui a causé la perte ou qui était en demeure tandis que le débiteur n'y était pas. Quant au débiteur, il est libéré, car le fait de la caution est pour lui le fait d'un tiers, la demeure du débiteur est le résultat d'un acte *inter alios actum*, donc ce fait et cet acte ne peuvent pas avoir d'effet par rapport à lui. Il ne faudrait pas tenter de le déclarer lié par les actes de la caution quand celle-ci l'a cautionné en vertu d'un mandat. La caution, en effet, a reçu un mandat pour un objet spécial, mandat de s'obliger; mais elle n'a pas mandat de conserver la chose due ni de recevoir des exploits pour le débiteur : donc elle ne représente pas celui-ci quant aux actes par lesquels elle pourrait avoir perpétué l'obligation.

La caution n'a donc pas perpétué l'obligation du débiteur, mais a-t-elle perpétué la sienne? On pourrait en douter, puisque l'obligation principale étant éteinte, on ne voit guère la place de l'obligation accessoire. Telle a été la doctrine la plus ancienne des jurisconsultes romains. Ils en corrigeaient l'iniquité en donnant contre le fidéjusseur l'action *de dolo*, puis par le progrès du droit, on est arrivé à donner l'action *ex stipulatu* utile, et enfin l'action *ex stipulatu* directe (2). Pothier n'hésite pas à donner l'action contre la caution, et puisqu'il ne s'explique pas, c'est l'action née du contrat de cautionnement qu'il entend donner (3). Peut-être vaudrait-il mieux reconnaître que l'ancienne doctrine romaine était dans la vérité des principes et dire que la caution, libérée de son obligation contractuelle, sera seulement tenue à des dommages et intérêts en vertu de l'article 1382. Sa faute consistera dans le cas de demeure à n'avoir pas mis la chose entre les mains du créancier, quand elle devait le

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 629.
(2) V. M. Accarias, *Précis du droit romain*, t. II, p. 377. Édit. 1880.
(3) V. Pothier, *Obligations*, n° 630.

faire et à avoir ainsi été cause de la perte qui ne serait pas survenue si la chose avait été dans la possession du créancier.

269 *bis*. V. L'intérêt de la solution existe par rapport aux certificateurs de la caution et aux tiers à qui nuirait l'hypothèque donnée par cette caution. Si le créancier n'agit pas en vertu de l'ancienne créance, mais en s'appuyant sur l'article 1382, il n'a plus ni de certificateur ni d'hypothèque, et ce résultat nous paraît justifier précisément la solution que nous proposons. Nous disions tout à l'heure que la caution du débiteur principal n'était pas libérée par la perte que celui-ci avait occasionnée parce qu'elle avait garanti son obligation de veiller à la conservation de la chose. Mais peut-on croire que tel a été l'engagement du certificateur qui a cautionné la caution? N'oublions pas que la dette principale a pour objet un corps certain; dans les probabilités, il appartient au débiteur principal et est possédé par lui, il contracte donc l'obligation de conserver la chose, et sa caution garantit cette obligation; mais la caution ne détient pas la chose, elle ne doit pas personnellement veiller à sa conservation, donc la caution de la caution n'a pas songé à cautionner une pareille obligation. De même quand la caution a donné une hypothèque, ce ne peut pas avoir été fait en vue de garantir une obligation qu'elle ne contractait pas. La doctrine qui, par des raisons de pure équité, donne au créancier son action contre la caution n'a donc plus de raison d'être là où elle peut avoir quelque conséquence juridique, elle est inique en tant qu'elle produit ces conséquences contre le certificateur, contre les créanciers hypothécaires de la caution ou contre les tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué.

269 *bis*. VI. Il est un événement qui joue à peu près le rôle d'une cause d'extinction d'obligation, c'est le jugement ayant force de chose jugée qui déclare qu'un défendeur n'est pas débiteur. Quand un débiteur principal a fait ainsi juger que la dette n'existe pas, il est assez difficile de dire si ce jugement peut être invoqué par la caution, de même que si ce débiteur a perdu son procès, on est incertain sur le point de savoir si ce jugement est opposable à la caution. Nous avons étudié cette double question sur l'article 1351, et nous avons d'abord décidé, en vertu des principes sur le caractère relatif de la chose jugée, que le jugement rendu contre le débiteur n'est pas opposable à la caution, mais en sens inverse nous avons admis que la caution peut se prévaloir du jugement favorable, non pas en vertu des principes sur la chose jugée tels que

nous les entendons, mais à raison d'une règle particulière de la matière du cautionnement, l'article 2037, qui prive de toute action le créancier qui par son fait a rendu impossible la subrogation de la caution dans les droits contre le débiteur (1).

270. Non seulement l'extinction de la dette principale éteint, en la rendant sans cause, l'obligation de la caution, mais, sous un autre rapport encore, la perte de la créance principale ou des droits qui y sont relatifs peut motiver la perte des droits du créancier contre la caution; car celle-ci n'ayant contracté son engagement qu'en vue de l'indemnité qui lui était assurée, et la subrogation aux droits du créancier étant un des moyens de la lui assurer, le créancier qui se met hors d'être de procurer cette subrogation peut être, jusqu'à un certain point, assimilé à la partie qui, dans un contrat synallagmatique, manque à remplir son engagement, et qui, par ce motif, n'est pas admise à exiger l'accomplissemet de l'engagement réciproque de l'autre partie. De là la décharge accordée à la caution lorsque, par le fait du créancier, la subrogation est devenue impossible. V. art. 2037.

270 *bis*. I. La loi considère la caution comme s'étant obligée en vue des accessoires de la créance principale, tels que les privilèges, les hypothèques, les droits de gage qui appartenaient au créancier et dans lesquels elle pouvait légitimement compter être subrogée. Le créancier nuirait à la caution s'il détruisait ou laissait périr ces sûretés et s'il la poursuivait néanmoins.

270 *bis*. II. Le motif de l'article prouve qu'il ne faut pas équivoquer sur le mot *fait* qui s'y trouve employé. Pothier distinguait le fait de *commission* et le fait d'*omission;* le premier consistait, par exemple, dans une renonciation à l'hypothèque ou une restitution du gage, le second dans la négligence à interrompre une prescription; nous pourrions ajouter aujourd'hui le défaut d'inscription hypothécaire ou de renouvellement d'une inscription existante. Le fait de commission seul entraînait l'extinction du cautionnement (2). Mais les rédacteurs du Code civil, en ne reproduisant pas l'expression *fait positif* par laquelle Pothier accentuait sa distinction, semblent bien l'avoir

(1) V. t. V, n° 328 *bis*. XXIX et XXX.
(2) V. Pothier, *Obligations*, n° 520 *in fine*.

abandonnée. Leur idée paraît être que le créancier, en acceptant la caution, a contracté envers elle l'obligation de donner ses soins à la conservation des droits dans lesquels celle-ci doit être subrogée (1).

270 *bis*. III. En rattachant ainsi l'article 2037 à l'article 2028 et à l'article 1251-3°, en l'expliquant par une obligation de conserver pour le fidéjusseur les garanties accessoires de la créance, nous montrons qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction, qui du reste n'est pas dans l'article, entre les droits accessoires constitués avant le cautionnement ou au moins en même temps et ceux qui auraient été constitués depuis le contrat de cautionnement. La subrogation légale confère tous ces droits à la caution sans distinction de date, par conséquent la caution a pu en s'obligeant compter aussi bien sur les garanties futures de la créance que sur ses garanties actuelles, et la constitution d'hypothèque postérieure à la fidéjussion a pu lui inspirer une confiance dangereuse qui l'a empêchée de veiller sur la situation pécuniaire du débiteur principal (2).

270 *bis*. IV. Il faut tirer une autre conséquence de ce que le droit conféré par l'article 2037 à la caution est un droit d'indemnité pour le tort causé, c'est que quand le fidéjusseur ne souffrira pas de préjudice, il ne pourra pas se prétendre déchargé. Si par exemple le créancier a laissé périr une hypothèque qui ne serait pas venue en ordre utile, il serait injuste qu'il fût privé de son action contre la caution (3). De même si le préjudice n'était pas égal au montant de la dette, la caution ne devrait pas être déchargée pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence du préjudice éprouvé. *Exemple :* on n'a pas renouvelé une inscription, il se trouve qu'elle aurait été colloquée la dernière et que les fonds auraient manqué sur elle, la créance était de 10,000 francs et elle n'aurait été colloquée que pour 6,000 francs, il n'y a pas de raison pour que la caution soit libérée de toute la dette. Elle devra la dette moins les 6,000 francs qu'elle perdrait par la négligence du créancier.

270 *bis*. V. L'article 2037 régit le cas où le créancier par son fait a rendu impossible la subrogation de la caution dans les droits, privilèges et hypothèques. Nous avons toujours raisonné en vue de l'abandon des droits réels garantissant la créance; il est, en effet,

(1) V. C. C., 7 juillet 1882. Sirey, 1882, I, 799.
(2) V., en sens inverse, C. C., 27 novembre 1861. Sirey, 1862, I, 130.
(3) V. C. C., 18 janvier 1863. Sirey, 1863, I, 187.

difficile de comprendre comment le débiteur pourrait abandonner ou laisser périr au détriment de la caution des droits personnels dans lesquels le fidéjusseur aurait intérêt à être subrogé. Ces droits, en effet, ne sauraient être les droits contre le débiteur, car, nous l'avons dit, la prescription de l'obligation principale ou la remise de cette obligation éteint nécessairement le cautionnement. S'agirait-il de la créance contre un des débiteurs solidaires; s'il a fait remise à l'un d'eux, il a libéré tous les autres et par conséquent la caution (art. 1285). Il pourrait, il est vrai, avoir libéré un des débiteurs en réservant ses droits contre les autres. Dans cette hypothèse il n'aurait pas nui à la caution, car, indépendamment de ce que la dette n'existe plus que déductien faite de la part du débiteur qui a reçu la remise, on ne pourrait pas dire que la remise nuit à la caution, car si elle avait un recours contre ce débiteur, elle n'a pas pu le perdre par le fait du créancier, et lorsqu'elle aura payé le tout, elle aura encore intact le droit qui lui appartenait de poursuivre le codébiteur déchargé par le créancier. Dans le cas de prescription, il sera bien rare que tous les débiteurs ne soient pas libérés en même temps, d'où résulterait la libération de la caution. Il peut arriver toutefois que le créancier se trouve le conjoint de l'un des débiteurs, et que par suite la prescription soit suspendue entre eux deux tandis qu'elle courrait au profit des autres. Il nous paraît qu'alors la caution serait dégagée pour les parts des débiteurs libérés et resterait tenue pour la part du conjoint débiteur. Elle serait traitée comme s'il y avait eu remise faite à tous les débiteurs moins un, la dette se trouverait réduite à la part du débiteur non déchargé; donc la caution ne souffrirait pas ordinairement de la négligence du créancier. Cependant, si le débiteur non libéré était insolvable, il serait nuisible à la caution de ne pas pouvoir exercer son recours contre les autres, et à moins de lui donner un recours contre des débiteurs libérés par prescription, ce qui nous paraît impossible, il faudrait bien lui accorder le bénéfice de l'article 2037.

Il faudrait du reste supposer que la prescription a été interrompue contre la caution spécialement, car nous ne pensons pas que la cause de suspension qui existe entre le créancier et le débiteur puisse produire des effets par rapport à la caution.

270 *bis*. VI. Si de l'hypothèse où le créancier a laissé périr son droit contre des débiteurs solidaires, nous passons à celle où il a laissé éteindre ses droits contre une autre caution, nous dirons que

dans certaines circonstances l'extinction de l'obligation d'une des cautions nuisant aux autres, celles-ci pourraient invoquer l'article 2037 dans les limites du préjudice qu'elles éprouvent.

La caution pourrait donc d'abord invoquer le bénéfice de division dans les mêmes conditions que si la caution déchargée était encore débitrice, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elle est devenue insolvable. Même au cas où le bénéfice de division ne pourrait être invoqué, la caution, qui aurait eu un recours *pro parte* après avoir payé, pourrait faire diminuer la part de la caution libérée sur le montant de l'obligation; bien plus, si parmi les autres cautions il s'en trouvait d'insolvables, elle pourrait faire subir une autre réduction à la demande du créancier qui aurait pour objet de mettre à sa charge la part que la caution libérée devait supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs cofidéjusseurs.

271. Il n'est pas même toujours nécessaire qu'il y ait libération parfaite du débiteur pour que l'acte intervenu dans ce but, entre lui et le créancier, opère la libération de la caution. Ainsi au cas de dation en paiement, quoique la libération du débiteur soit en général subordonnée à la translation de propriété (v. art. 1238), et que son obligation, qui avait paru éteinte, subsiste au contraire en cas d'éviction (voy. *Marcien*, L. 46, D. *de sol.;* voy. pourtant *Ulp.*, L. 24, *de pign., act.*), la caution néanmoins est déchargée par le seul fait de l'acceptation volontaire du créancier. Dès ce moment, elle est fondée à se croire libérée, et ne doit plus rester exposée à souffrir de l'insolvabilité future de débiteur, contre laquelle elle ne peut plus se mettre en garde. V. art. 2038.

271 *bis*. I. La décision de l'article 2038 sur l'effet de la dation en paiement se justifie de deux manières différentes, suivant l'idée qu'on adopte sur la nature de cette opération. Si on la considère comme éteignant définitivement l'obligation et engendrant seulement une obligation de garantie à la charge de celui qui a donné autre chose que la chose due, il est tout simple que la caution ne soit pas liée à cette obligation nouvelle; si, au contraire, on pense que l'obligation primitive n'est éteinte que sous condition, si la

propriété a été transférée, ce qui fait qu'elle subsiste lorsque l'éviction a prouvé que la condition ne s'est pas réalisée, alors on ne peut expliquer l'article qu'en le rattachant comme une conséquence indirecte à l'article 2037; la caution a eu juste sujet de se croire libérée, elle n'a plus surveillé le débiteur principal, et il ne faut pas qu'elle soit victime de la faute du créancier qui a imprudemment accepté en paiement la chose d'autrui.

271 *bis*. II. Cette dernière considération servirait d'ailleurs, quelque théorie qu'on accepte sur la dation en paiement, à faire appliquer l'article 2038 dans une hypothèse qui n'est pas exactement celle de la dation en paiement. Si la dette était une dette de genre, le débiteur devait un cheval *in genere*, il a livré un cheval qui n'était pas à lui, le paiement n'est pas valable d'après l'article 1238, mais la caution a eu juste sujet de se croire libérée, et nous pensons qu'elle ne pourrait pas être poursuivie par le créancier évincé. Ce fait, au surplus, ne se produira pas souvent à cause de l'application fréquente de l'article 2279 en matière des meubles et de l'extrême rareté des obligations d'immeubles *in genere*.

272. Au contraire, la simple prorogation du terme accordé au débiteur principal ne prolongeant point nécessairement les risques de la caution, puisqu'elle peut agir en indemnité contre le débiteur principal, à l'échéance du terme primitif (art. 2032-4°), cette prorogation ne le décharge pas envers le créancier. Seulement il est à remarquer que la caution alors pourra empêcher le débiteur de profiter de la prorogation, puisque pour obtenir sa décharge, elle pourra le forcer au paiement. V. art. 2039.

272 *bis*. I. Il ne s'agit dans l'article que d'une application de l'article 2032, la caution ne peut pas être privée par le créancier du droit qu'elle a d'agir contre le débiteur une fois l'échéance arrivée. Seulement il est bien clair que l'article ne dit pas autre chose, et que si la prolongation du délai était accordée avant l'échéance, la caution ne pourrait pas agir immédiatement contre le débiteur; son droit ne commence qu'à l'époque fixée par l'article 2032.

272 *bis*. II. *Appendice sur le cautionnement solidaire*. Après avoir étudié l'ensemble des règles sur le cautionnement, il est nécessaire de nous occuper d'un cautionnement exceptionnel dont la loi n'a

parlé que par allusion. Nous songeons au *cautionnement solidaire.* Il faut voir en quoi la situation de la caution sera modifiée, quand elle se sera obligée solidairement avec le débiteur. Nous pouvons immédiatement constater qu'il ne faut pas la traiter comme un débiteur solidaire, car autre chose est s'obliger solidairement, autre chose s'obliger comme caution solidaire. Les expressions sont assez différentes pour accuser des contrats différents.

272 *bis.* III. On serait d'abord tenté de dire que la caution solidaire est, par rapport au créancier, un débiteur solidaire, et par rapport au débiteur principal, une caution; comme la femme commune en biens qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari (art. 1431). On ajouterait que c'est là le contrat prévu par l'article 1216, au chapitre de la solidarité. Seulement, cette manière de considérer le contrat ne tient aucun compte de la façon dont les parties ont formulé leur convention. Le promettant n'a pas dit, comme dans l'article 1431 ou dans l'article 1216, qu'il s'obligeait solidairement; dans sa convention même avec le créancier, il a *cautionné solidairement,* l'idée de cautionnement domine, et le contrat doit garder les caractères distinctifs du cautionnement. Il doit notamment rester un contrat accessoire, et ne pas faire de la caution un codébiteur du débiteur principal. Il est vrai que l'article 2021 *in fine* semble assimiler la caution solidaire au débiteur solidaire, mais cette assimilation n'est présentée par la loi qu'incidemment et en vue d'une question spéciale, la seule que traite l'article 2021, la question du bénéfice de discussion; il serait donc dangereux de voir dans ce membre de phrase l'expression d'une théorie générale sur le cautionnement solidaire.

272 *bis.* IV. L'effet de la solidarité du cautionnement est donc de priver la caution des bénéfices de discussion et de division; mais, en dehors de cela, il faut lui appliquer les règles du cautionnement. Ainsi, si l'on supposait que la dette principale est conditionnelle et le cautionnement pur et simple, on ne pourrait pas tenir la caution pour obligée après la défaillance de la condition qui affecte l'autre obligation, et certes, s'il s'agissait de deux véritables débiteurs solidaires, l'engagement pur et simple survivrait à l'engagement dont la condition a défailli.

272 *bis.* V. Au point de vue des modes d'extinction de l'obligation du fidéjusseur, il sera encore intéressant de lui conserver son caractère de caution, car il pourra opposer au créancier certains

faits extinctifs qu'il n'opposerait pas utilement s'il était codébiteur, par exemple la compensation (1).

272 *bis*. VI. Le débiteur principal lui-même bénéficiera de ce que son coobligé est caution et non codébiteur solidaire; d'abord il sera libéré par la perte de la chose survenue par le fait ou pendant la demeure de la caution, ce qui n'aurait pas lieu si ce coobligé était un débiteur solidaire. Secondement, il prescrira sa libération malgré les actes interruptifs que le créancier aura faits contre la caution, et de ce droit reconnu au débiteur résultera pour la caution elle-même un avantage, c'est qu'elle sera libérée aussi, bien que la prescription ait été interrompue à son égard, parce qu'elle ne peut pas être tenue quand l'obligation principale a cessé d'exister. Si, au contraire, nous parlons de codébiteurs solidaires, tout exploit interrompant la prescription à l'égard de l'un des débiteurs produit ses effets à l'égard des autres.

272 *bis*. VII. A côté des modes d'extinction, on doit parler des causes de nullité des conventions. Il est certain qu'un débiteur solidaire ne peut pas opposer les causes de nullité qui entachent le consentement de son codébiteur, comme le dol ou la violence; mais la caution qui ne s'engage que pour garantir l'obligation d'autrui peut se prévaloir de la nullité de cette obligation, alors même qu'elle est caution solidaire, puisque, pour être solidaire, elle n'en est pas moins caution. Nous parlons, bien entendu, de la caution qui n'a pas entendu garantir le créancier contre les chances de rescision de l'obligation principale (2).

272 *bis*. VIII. Il est encore une différence importante à signaler entre la caution solidaire et le débiteur solidaire, elle se rattache à un point controversé sur lequel il faut d'abord être fixé. Elle a trait à l'application de l'article 2037. La caution solidaire sera, d'après ce que nous avons dit jusqu'à présent, libérée dans les conditions indiquées par cet article, puisqu'elle reste caution même dans ses rapports avec le créancier; ce qui constitue une différence entre elle et le codébiteur solidaire, si l'on décide que le débiteur reste engagé bien que le créancier ait laissé périr les sûretés accessoires de la créance. La différence n'existe pas si l'on généralise l'article 2037 et si on l'applique toutes les fois qu'une personne a droit à la subro-

(1) V. Cette question, envisagée à un point de vue spécial, t. V, n° 246 *bis*. IV.
(2) V. t. V, n° 134 *bis*. I, et n° 142 *bis*. I.

gation légale et que le créancier n'a pas conservé les droits qui assuraient le paiement de la créance.

272 *bis*. IX. Nous pensons que l'article 2037 n'est pas l'expression d'une règle générale, et la place qu'il occupe dans le Code constitue un préjugé bien puissant dans ce sens. Si c'était une des conséquences de l'article 1251 que le créancier doit veiller à la conservation des sûretés, comment le principe n'a-t-il pas été consacré dans le chapitre même de la subrogation? Pourquoi se cache-t-il au milieu de dispositions particulières à un contrat spécial, revêtant ainsi les apparences de ces bénéfices que la législation a toujours réservés aux cautions? D'un autre côté, si l'article 1251, en accordant à certaines personnes le droit à la subrogation, sous-entend que le créancier est obligé à conserver les sûretés de sa créance; si cette obligation résulte nécessairement du droit qu'une autre personne a d'être subrogée, on ne voit plus l'utilité de l'article 2037 en matière de cautionnement; puisque la caution est déclarée subrogée par l'article 2029, ce dernier article rendait inutile l'article 2037.

272 *bis*. X. Voilà les raisons de texte; quant au fond de la doctrine, il n'est pas difficile de justifier la différence qui ressort des textes en faveur de la caution, quand on la compare au codébiteur solidaire. Celui-ci a traité avec le créancier parce qu'il trouvait un intérêt dans le contrat, il empruntait solidairement, ou il vendait, ou il achetait solidairement, le contrat lui procurait un capital dont il avait besoin, ou un bien dont il désirait devenir propriétaire. Alors même qu'on le placerait dans l'hypothèse de l'article 1216, en se présentant comme codébiteur solidaire, il a autorisé le créancier à le croire intéressé dans l'affaire. La caution, au contraire, même la caution solidaire est acceptée par le créancier comme répondant de la dette d'autrui, elle rend un service ordinairement gratuit au créancier en même temps qu'au débiteur, et l'on comprend alors que la loi suppose, plus légitimement que dans l'hypothèse opposée, un engagement pris par le créancier de conserver les sûretés qu'il a ou qu'il aura, pour que la caution bénéficie de la subrogation (1).

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 26, n° 56. Édit. 1856.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET LA CAUTION JUDICIAIRE.

273. La division des cautions, en conventionnelles, légales et judiciaires, ne tient pas à la manière de former et de recevoir l'engagement de la caution, mais à l'origine de l'obligation de fournir caution. Quand c'est la loi qui l'impose, la caution est légale (v. notamment art. 120, 601); elle est judiciaire, si cette obligation résulte d'une condamnation, dont l'opportunité, au reste, est plus ou moins laissée à l'arbitrage des juges (v., à ce sujet, C. Pr., art. 135, 155).

274. Les règles ci-dessus établies sur l'étendue de l'obligation (art. 2018-2020) sont générales, et s'appliquent conséquemment au cas de cautionnement légal ou judiciaire, comme au cas de cautionnement conventionnel; la loi s'en explique ici formellement quant aux conditions que doit remplir la caution offerte (art. 2018, 2019). V. art. 2040.

275. L'obligation de fournir caution, lorsqu'elle résulte de la loi ou d'un jugement, a cela de particulier, qu'elle peut être accomplie par équivalent. En effet, l'objet de la loi ou de la condamnation étant uniquement de procurer au créancier une sûreté, il a paru juste, eu égard surtout à la difficulté de trouver une caution, d'admettre à la place un gage en nantissement, pourvu, bien entendu, qu'il soit suffisant. V. art. 2041, et remarquez que la considération de la difficulté ne pouvait être aussi forte pour le cautionnement conventionnel, le débiteur s'étant volontairement soumis à cette difficulté.

275 *bis*. I. L'article parle du gage, mais il n'admet pas que le débiteur puisse offrir toute sorte de sûretés réelles, l'hypothèque notamment, qui, à cause des lenteurs nécessaires des procédures de saisie immobilière et d'ordre, ne donnerait pas toutes les facilités d'obtenir paiement que la loi ou la justice entend assurer à ceux au bénéfice de qui elle exige une caution légale ou judicaire.

275 *bis*. II. Peut-être pourrait-on hésiter en ce qui touche l'an-

tichrèse à cause du mot nantissement qui se trouve dans notre texte, mais son sens est précisé par le mot gage, qui implique un nantissement mobilier, car il faut remarquer que la loi dit gage *en* nantissement et non pas gage *ou* nantissement; la première formule est certes bien exclusive de tout nantissement qui ne serait pas un gage.

D'ailleurs, si l'on a craint les lenteurs de la procédure hypothécaire, comment comprendrait-on qu'on se contentât de l'antichrèse, qui ne permet au créancier de se payer que petit à petit sur les fruits à venir de l'immeuble affecté à la créance (art. 2085)?

276. A part cette faveur, commune au cautionnement judiciaire et au cautionnement légal, le cautionnement judiciaire est soumis à des rigueurs particulières. Ainsi, conformément aux anciens principes, la caution judiciaire est privée du bénéfice de discussion. Bien plus, notre Code, tranchant à cet égard toute incertitude, étend cette privation à celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire. V. article 2042, 2043.

276 *bis*. La doctrine ancienne, qui prive la caution judiciaire du bénéfice de discussion, se justifie par le respect dû aux jugements dont l'exécution ne doit être retardée pas aucun moyen dilatoire.

TITRE QUINZIÈME.

DES TRANSACTIONS.

277. A la suite du cautionnement, sembleraient devoir se placer immédiatement les autres contrats ou droits accessoires, ayant comme lui pour objet d'assurer l'accomplissement d'une obligation principale. Toutefois, les rédacteurs du Code ont intercalé ici la matière des transactions, qui a cela de commun avec la précédente, que sans être comme le cautionnement un contrat accessoire, la transaction au moins est un contrat secondaire, car elle présuppose toujours l'existence d'une autre affaire sur laquelle elle intervient.

Le sujet de la transaction est essentiellement une affaire douteuse entre les parties; son but est de prévenir la contestation que cette affaire pourrait faire naître, ou de terminer celle qui serait déjà née ; le moyen, c'est toute espèce de conventions légales, qui, réunies dans ce but, forment le contrat de transaction. V. art. 2044, al. 1.

277 *bis.* I. Le mot transaction n'a pas dans ce titre le sens qu'on lui donne assez souvent dans la langue usuelle, et que lui attribue exceptionnellement l'article 631 du Code de commerce; il présente alors à l'esprit à peu près la même idée que le mot convention. Employé dans son sens technique et restreint, par ce titre et par beaucoup d'autres dispositions de nos lois, il désigne une convention d'une nature particulière, dont la définition est tentée par l'article 2044.

Voici la notion que nous pouvons donner de la transaction en complétant quelque peu la définition du Code. C'est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes terminent une contestation née ou préviennent une contestation future entre elles, moyennant des sacrifices réciproques.

277. *bis.* II. On voit, d'après cette définition, que la transaction suppose un différend existant ou possible entre les deux parties. La définition du Code est précise sur ce point, elle est d'accord avec le sens étymologique du mot transaction, qui vient du latin *trans-*

igere (passer outre, terminer). Ce qui n'est pas aussi clair, c'est le point de savoir à quel degré exact doit exister la difficulté qui constitue le différend, ou comme dit la loi, la contestation, pour que la convention qui la termine ou la prévient soit une transaction.

Il est certain que nous n'exigerons pas ici, comme l'exige peut-être l'article 1700 en matière de retrait litigieux, qu'il y ait procès sur le fond du droit. Le Code parle d'une contestation à naître, et cette expression est exclusive de l'idée d'un procès déjà engagé. Il faut cependant que la chose présente un caractère litigieux, sinon le contrat n'aurait pas reçu correctement le nom de transaction, et il ne serait pas soumis aux règles spéciales qui régissent cette convention.

277 *bis*. III. Il faudra donc que la justice décide si en effet le contrat est intervenu sur une contestation née ou à naître. Non pas qu'elle ait à juger en quelque sorte le procès qu'on a voulu éteindre, pour décider s'il était sérieux, s'il présentait pour chacune des parties des chances de succès devant la justice. Cet examen, quelque peu rétrospectif, du mérite de prétentions sur lesquelles il n'y a pas à statuer, ne rentre pas dans la mission des tribunaux. Ils auront à découvrir le caractère de l'acte en recherchant si chacune des deux parties a pu avoir intérêt à terminer, sans l'intervention de la justice, une affaire dont l'obstination de l'autre pouvait toujours faire un procès. On peut comprendre en effet très-bien que l'affaire la plus claire, la plus certaine aux yeux de juges éclairés, n'en inspire pas moins quelques craintes à la partie que les juges feraient triompher. Elle redoutera, par exemple, le temps qui pourra se perdre en procès, elle songera aux frais qu'elle aura à payer, au moins ceux de son propre avoué, alors même qu'elle gagnerait, aux honoraires de son avocat, aux soucis d'un procès, au temps perdu, quelquefois elle craindra que la publicité de certains faits ne nuise à son crédit, à sa réputation même. Voilà ce qui fera que très-souvent, en présence du droit le plus certain, une partie aura intérêt à s'entendre avec l'adversaire. La question donc, pour les tribunaux qui recherchent si la prétendue transaction a bien eu pour objet un différend né ou à naître, sera de savoir non pas si le droit était contestable, mais si les parties ont eu intérêt à éviter la contestation judiciaire, et si ce n'est pas cet intérêt qui a dicté la convention (1).

(1) V. M. Accarias, *Des transactions*. Thèse de doctorat, 1863, p. 170, 171.

277 *bis*. IV. Nous avons ajouté à la définition du Code que la convention éteint ou prévient la contestation au moyen de sacrifices réciproques. Le discours de Bigot-Préameneu au Corps législatif semble cependant ne pas exiger cette condition. Mais la doctrine moderne n'a pas suivi l'orateur du gouvernement. Si en effet on supprime ce caractère de la transaction, on détruit la ligne de démarcation qui la sépare d'un certain nombre d'actes, dont nous allons nous occuper, et qui sont soumis à des conditions d'existence et de validité tout autres que celles auxquelles est subordonnée la transaction. Les rédacteurs du Code ont sous-entendu cette condition de la transaction parce qu'elle était admise dans le droit français par une tradition qui remontait jusqu'au droit romain : *transactio nullo dato vel retento seu promisso non procedit.* (Const. 38, Cod. *de transactionibus.*)

277 *bis*. V. C'est ce caractère de la transaction qui sert à la distinguer de certaines autres opérations juridiques qu'on pourrait confondre avec elle : le désistement, l'acquiescement, la confirmation. Le désistement proprement dit termine l'instance sans impliquer abandon du droit ou de la prétention, par conséquent il ne ressemble en rien à la transaction. Mais le désistement du droit lui-même ressemble à la transaction, puisqu'il détruit absolument la contestation née ou à naître. Il n'est point cependant une transaction, puisqu'il n'implique pas des sacrifices réciproques; on peut donc soutenir que ce n'est point un contrat, qu'il n'a pas besoin de résulter de la double volonté des parties intéressées, et en tout cas il ne demanderait pas à être prouvé par un acte fait double lorsque l'écrit qui le constate est un écrit privé. L'acquiescement, c'est-à-dire l'adhésion de celui contre qui existe une prétention, est l'inverse du désistement du droit; c'est aussi un acte qui émane d'une seule partie, et le Code nous montre dans la matière de la tutelle que cet acte et la transaction sont soumis à des règles différentes (art. 464-467).

La confirmation est également un acte qui ne suppose pas des sacrifices mutuels, mais qui est soumis à des règles tout autres que celles qui régissent les transactions. D'abord elle n'a pour objet que des obligations annulables, puis elle résulte de la volonté d'une seule des parties, enfin elle est soumise à des conditions particulières que la loi n'exige pas en matière de transaction. Il faut que le vice ait cessé, que la partie en ait connaissance, et que dans

l'écrit appelé acte confirmatif on relate le montant de l'obligation et le vice même dont elle était entachée. Toutes conditions que nous ne retrouvons pas en matière de transaction.

278. Ce contrat est évidemment consensuel, et la faveur dont il doit jouir ne permettait de l'assujettir à aucune solennité (v. *Alex.*, L. 5, *Diocl. et Max.*, L. 28, Cod., *de transact.*). Toutefois, la loi, pour que l'existence même de la transaction ne devienne pas un sujet de contestation, veut qu'elle soit rédigée par écrit; ce qui, du reste, ne paraît avoir d'autre effet que d'exclure la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur. V. art. 2044, al. dernier, et à ce sujet, art. 1341.

278 *bis*. I. Le paragraphe final de l'article 2044 parle de la preuve de la transaction. Il déclare qu'elle doit être rédigée par écrit. Nous faisons immédiatement remarquer que le Code n'attache pas à cette prescription la sanction de la nullité, comme il le fait pour la donation, dans l'article 931. C'est ce qui nous autorise à dire qu'il s'agit là d'une règle de preuve. La validité de la convention n'est pas en jeu, autrement dit l'écriture n'est pas exigée *ad solemnitatem*, la transaction n'est pas un contrat solennel. L'article a posé une règle qui est, dans les mêmes termes, la reproduction légèrement aggravée de l'article 1341. Ce dernier article dit qu'il doit être passé acte de toute chose excédant la somme ou valeur de 150 francs. La conclusion qu'on en tire n'est pas la nullité de la convention, mais l'impossibilité de prouver par témoins ou par présomptions. L'article 2044 dit que la transaction doit être rédigée par écrit; c'est la même formule, moins l'exception en faveur des conventions dont l'intérêt ne dépasse pas 150 francs. La même formule doit représenter la même idée, c'est-à-dire que la transaction ne pourra être prouvée ni par témoins ni par présomptions abandonnées à la sagesse du juge, et cela même quand l'intérêt engagé ne dépassera pas 150 francs. Mais la convention reste valable, sauf à être prouvée par des moyens autres que ceux qui ont été interdits par la loi.

Ces moyens seront naturellement l'aveu de la partie et le serment décisoire.

Il est facile de comprendre la raison de la loi. Elle ne veut pas un procès nécessitant une enquête, c'est-à-dire une procédure plus

coûteuse peut-être que celle que les parties ont voulu éviter. En outre elle craint, dans cette matière plus qu'en toute autre, l'incertitude des témoignages, parce qu'il ne s'agit pas seulement de faire constater par des témoins le fait d'une entente entre les parties, mais d'obtenir de ces témoins des renseignements précis et détaillés sur les clauses quelquefois compliquées, et cependant étroitement liées les unes aux autres, de l'acte qui met fin à un différend.

278 *bis*. II. La preuve par écrit est donc la preuve normale; ajoutons que si l'écrit est sous seings privés, il devra être rédigé en double original, conformément à l'article 1325, car le contrat est synallagmatique en ce sens que chacune des parties renonce à plaider et que chacune d'elle a besoin pour sa sécurité d'être nantie de la preuve de l'engagement pris en ce sens par l'adversaire.

278 *bis*. III. Dans la section du titre des obligations où se trouve l'article 1341, nous rencontrons deux exceptions à la règle de cet article (art. 1347, 1348), et il est nécessaire de nous demander si l'article 2044 doit subir les deux mêmes exceptions.

On s'accorde généralement à admettre, en matière de transaction, l'exception établie par l'article 1348. Il s'agit d'hypothèses où la partie n'est pas en faute de n'avoir point de preuve écrite, soit que la rédaction en ait été impossible, soit que la preuve ait péri par cas fortuit. Dans ces hypothèses il paraît bien difficile de traiter les contractants comme on traite ceux qui n'ont pas tenu compte des prescriptions du législateur.

278 *bis*. IV. Mais on admet moins facilement l'application de l'article 1347. On repousse par conséquent la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve par écrit. On allègue que les raisons de la règle existent avec la même force, bien que la partie produise un commencement de preuve par écrit. L'enquête sera coûteuse et son résultat incertain, à cause du défaut probable de précision des témoignages. Nous qui voyons dans l'article 2044 la reproduction de l'article 1341, nous ne croyons pas devoir nous ranger à cette opinion. La même formule ne doit-elle pas être interprétée de la même façon? Or, dans l'article 1341, la généralité de la règle : il doit être passé acte de toute chose excédant 150 francs, entendue en ce sens que la preuve testimoniale est inadmissible, est cependant modifiée par l'article 1347. La sanction de la règle n'est donc pas, à vrai dire, le refus de la preuve testimoniale, c'est le refus de

cette preuve sans commencement de preuve par écrit. Or, l'article 2044 n'en dit pas plus long que l'article 1341. La transaction doit être rédigée par écrit, la sanction sous-entendue ne doit-elle pas être celle que sous-entend l'article 1341 : impossibilité de prouver par témoins sans commencement de preuve par écrit?

Certes les motifs pour repousser cette preuve sont aussi puissants quand il existe un commencement de preuve que quand il n'en existe pas; mais cette observation peut également être présentée quand on raisonne sur l'article 1341, au-dessus de 150 francs, que quand on cherche le sens de l'article 2044, et malgré cela le Code s'est départi de sa rigueur dans l'article 1347; qui peut affirmer qu'il n'entendait pas avec le même tempérament la règle qu'il édictait dans l'article 2044 ? On croit, il est vrai, apercevoir son intention dans le rapport d'un tribun qui expliquait l'article 2044 par les motifs que nous lui avons attribués, mais nous venons de répondre par avance à la conclusion qu'on tire de ce rapport (1).

279. Transiger, c'est réellement disposer des choses qui étaient ou devaient être l'objet de la contestation ainsi prévenue ou terminée. Il faut donc, pour le faire valablement, avoir la capacité de disposer de ces choses. V. art. 2045, al. 1; v., à ce sujet, art. 1124, 217, 483, 502, 1554.

Conséquemment, les administrateurs de la chose d'autrui n'ont point, en général, le pouvoir de transiger. Cette règle, qui recevrait son application en cas d'absence et de succession bénéficiaire ou vacante est, comme on l'a déjà vu, particulièrement appliquée au tuteur, qui ne peut transiger pour l'incapable qu'il représente, qu'en observant des formes et des conditions spéciales (art. 467). Nous savons aussi que, par une autre raison, tirée de la crainte des surprises, le tuteur ne peut, sans remplir certaines conditions, transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle (art. 472). V. art. 2045, al. 2.

Quant aux communes et établissements publics, il est clair que les administrateurs qui les représentent n'ont pas plus que les tuteurs le pouvoir général de transiger en leur

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 480, n° 7. Édit. 1856. C. C., 8 janvier 1879. Sirey, 1879, I, 216.

nom. Il faut pour cela une autorisation expresse du gouvernement. V. art. 2045, al. dernier.

279 *bis* I. Dans le nº 279, M. Demante met en relief une distinction qui n'est pas assez nettement accentuée par l'article 2045. Le premier paragraphe de cet l'article parle de la *capacité* de transiger; le deuxième traite du *pouvoir* de transiger. Le premier pose une règle applicable à quiconque fait par soi-même et pour soi-même une transaction, il nous dit quelles sont les conditions de son aptitude à transiger; le second suppose une transaction faite pour autrui par un représentant et détermine dans quelles limites un représentant peut transiger pour celui qu'il représente. La règle première s'applique uniquement à la capacité; les pouvoirs des représentants sont réglementés par des dispositions éparses çà et là dans le Code.

279 *bis*. II. La règle sur la capacité est présentée sous une forme brève et générale. Il faut la capacité de *disposer*, c'est-à-dire de faire des actes de maître, d'aliéner, et nous ajoutons immédiatement d'aliéner à titre onéreux, car nous avons reconnu que la transaction est un acte à titre onéreux, la loi a dû employer le mot disposer avec l'acception que lui assigne la matière même à propos de laquelle elle l'emploie. Ne serait-il pas étrange de priver du droit de faire un acte si important, si utile même au point de vue de la paix sociale, celui qui ne peut faire une donation, par exemple le condamné à une peine afflictive et infamante perpétuelle?

279 *bis*. III. Quelques personnes jouissent d'une capacité limitée, et il est nécessaire de rechercher si elles peuvent transiger. Ainsi, le mineur émancipé qui peut, sans l'assistance de son curateur, faire les actes de pure administration, trouve-t-il dans cette capacité celle de transiger sur certains droits et sur certains biens, sur ses revenus qu'il a le droit de percevoir seul et sans assistance. On lui a refusé ce droit en faisant remarquer qu'il n'a que la pure administration, moins étendue par conséquent que celle d'un tuteur qui ne peut pas transiger. Nous ne croyons pas l'argument décisif, car il y a une différence essentielle au point de vue des revenus entre le tuteur et le mineur émancipé; celui-ci en est maître, il peut les dissiper; celui-là les recueille pour un autre, il est tenu de les employer à des usages déterminés et d'économiser l'excédent des revenus sur les dépenses nécessaires. On nie que le mineur émancipé ait le droit de disposer, et l'on allègue qu'il ne peut

ni compromettre sur ses revenus, ni les prêter, ni les employer en achat d'immeubles. Nous n'admettons pas l'exactitude de ces affirmations, au moins en ce qui concerne le prêt et l'achat d'immeubles; pour le compromis, il est soumis à des règles spéciales. Interdire au mineur émancipé le prêt de sommes venant de ses revenus et l'achat au comptant d'immeubles qu'il paie avec ses revenus, c'est le priver du droit de faire des placements, autrement dit lui interdire les économies, le pousser aux dissipations; nous ne voyons pas que la loi consacre une pareille prohibition. En tout cas, quand on s'appuie sur ces prétendues défenses pour établir la défense de transiger, on s'appuie sur une décision controversable afin de décider une question controvesrée.

279 *bis*. IV. Ce n'est donc pas sur le sens du mot *disposer* qu'il faut étayer une théorie qui priverait le mineur émancipé de la capacité de transiger sur ses revenus; cette expression, au contraire, prise dans son sens naturel, est favorable à la capacité du mineur, car celui qui peut aliéner une chose sans autorisation ni formalités, la dissiper sans en rendre compte, paraît bien être au plus haut degré celui qui peut disposer. Trouvera-t-on un argument plus fort dans la partie de l'article 484 qui restreint la capacité aux actes de *pure administration?* L'expression est large et vague, elle a certainement pour portée d'exclure les actes d'aliénation d'immeubles ou de consitution de droits réels sur les immeubles, les baux d'une durée supérieure à neuf ans, peut-être les ventes de meubles qui ne sont pas des fruits, mais elle n'est pas assez précise pour exclure toutes les transactions, puisqu'elle n'exclut pas toutes les aliénations, et il ne suffit pas, nous l'avons vu, de comparer la capacité du mineur émancipé aux pouvoirs du tuteur pour en induire que celui-là n'a pas le pouvoir de transiger sur ses revenus. On n'a pas dit d'ailleurs, dans l'article 484, que le mineur émancipé devrait observer dans tous les cas les formes prescrites au mineur non émancipé, on n'a posé cette règle que pour les actes autres que ceux de pure administration, or la question que nous agitons est précisément celle de savoir si l'acte qui nous occupe rentre ou ne rentre pas dans la libre administration.

279 *bis*. V. Aussi bien, n'est-ce pas exagérer la protection que d'exiger les formalités très-coûteuses prescrites par l'article 467, lorsqu'il s'agit d'une de ces contestations journalières entre propriétaires et locataires sur des loyers échus? n'est-ce pas même

priver le propriétaire de l'occasion de sauver une partie d'une créance compromise que de la soumettre aux lenteurs que ces formalités entraîneront? N'est-il pas dérisoire de réunir trois savants jurisconsultes dans un cas pareil et d'obtenir un jugement d'homologation? Ne vaudra-t-il pas bien souvent mieux abandonner la créance? Nous sommes convaincu qu'en écrivant l'article 467 les rédacteurs du Code n'ont pas songé à ces petits procès et à ces petits arrangements, et ainsi s'explique le caractère général de la règle. Nous sommes contraints de l'appliquer dans sa généralité quand il s'agit des pouvoirs du tuteur, puisqu'il y a un texte, mais nous sommes heureux de profiter de l'absence de ce texte pour ne pas étendre la règle à la capacité du mineur émancipé (1).

279 *bis*. VI. La même question se présente en ce qui concerne la capacité de la femme séparée de biens. Nous l'avons tranchée, quant à elle, au titre du contrat de mariage (2). Puisqu'elle peut disposer de son mobilier, elle trouve dans l'article 2045 la capacité de transiger sur ce mobilier, et le texte de l'article 1449 lui est plus favorable que ne l'est, pour les mineurs émancipés, l'article 484, car pour caractériser l'administration conférée à la femme séparée, la loi la qualifie de libre et non de pure administration. Les raisons que nous avons invoquées en ce qui touche le mineur sont encore plus fortes dès qu'il s'agit de la femme séparée, et la seule objection qu'on peut tirer de l'importance qu'a aujourd'hui la fortune mobilière est une objection qui a trop de portée, car elle ne s'appliquerait pas seulement à la capacité de transiger, mais à la capacité générale d'aliéner le mobilier. Il serait peut-être utile qu'une réforme législative mît l'article 1449 en harmonie avec la situation économique actuelle, mais jusqu'à cette réforme l'article doit être appliqué tel qu'il est, et nous devons tirer toutes les conséquences logiques du principe qu'il pose.

279 *bis*. VII. Si nous ne parlons plus des questions de capacité, mais des questions de pouvoir en matière de transaction, nous trouvons des dispositions formelles de nos lois auxquelles il suffit de renvoyer. L'article 467 règle les pouvoirs des tuteurs de mineurs et d'interdits. Les lois administratives statuent sur les

(1) M. Demante a résolu cette question en sens contraire, t. II, 253 *bis*. V. Voyez aussi, dans le sens contraire à notre opinion, M. Accarias : *Transactions*, p. 226, et dans notre sens, Aubry et Rau, t. III, p. 478. Édit. 1856.

(2) V. t. VI, n° 101 *bis*. V.

pouvoirs des administrateurs des départements, des communes et des établissements publics, le Code de commerce (art. 487 et 535), sur les pouvoirs des syndics de faillites, et enfin le Code civil détermine l'étendue des pouvoirs des mandataires conventionnels suivant les expressions employées dans la convention de mandat (art. 1988, 1989).

280. Les particuliers ne pouvant disposer que de ce qui leur appartient et des droits établis en leur faveur, il est clair que les transactions ne peuvent porter que sur des objets d'intérêt privé. Cette règle, qui défend évidemment de les appliquer à l'état des personnes, aux tutelles et autres droits du même genre, sert aussi à décider jusqu'à quel point les délits peuvent en être la matière. Rien n'empêche de transiger sur l'intérêt civil (v. pourtant C. Pr., art. 249), mais sauf bien entendu la poursuite du ministère public. V. art. 2046, et à ce sujet, art. 6; v. aussi C. inst. crim., art. 1 et 4.

280 *bis*. I. L'article 2046 règle un point spécial qui se rattache à la théorie générale de l'objet des transactions. Le Code ne s'est pas expliqué sur cette théorie; apparemment qu'il s'en réfère aux règles qu'il a écrites au titre des contrats sur les choses qui peuvent être l'objet des contrats. Il faut cependant préciser un peu et montrer l'application des principes posés par le titre des contrats à la matière des transactions.

280 *bis*. II. La règle est posée dans l'article 1128 : il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet d'une convention. Il n'y a donc pas de transaction valable sur des choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée : sur les droits politiques, sur les fonctions publiques; sont également hors du commerce, en ce sens que les conventions sur ces objets sont interdites : les successions futures, les droits résultant d'un contrat de mariage pendant la durée du mariage, car toute convention sur ce point, et notamment une transaction, ne serait pas autre chose qu'une dérogation au contrat de mariage (art. 1395) : les droits résultant d'un traité secret en matière de vente d'offices.

280 *bis*. III. Les droits qui constituent l'état des personnes sont également hors du commerce, parce que ces droits sont établis par la loi dans un intérêt général, et à raison de faits que la

convention est, *in natura rerum,* impuissante à détruire. Les conséquences que la loi tire de ces faits, les droits et les obligations qui en dérivent, se rattachent à des considérations de morale et d'utilité sociale, elles sont la base de l'organisation de la société tout entière, donc toute cette matière est d'ordre public, de sorte que les conventions en général et les transactions en particulier ne peuvent pas changer les règles de la loi. Partant pas de transaction sur la nationalité ou la filiation. Pas davantage sur le mariage dont l'existence ou l'inexistence ne saurait dépendre de la volonté des parties. Bien plus, s'il s'agissait d'un mariage annulable, la transaction ne serait pas possible, quoique quelquefois la renonciation à l'action en nullité soit admise, parce qu'il y a une grande différence entre la renonciation, qui est l'acceptation volontaire et désintéressée d'une situation qu'on régularise, et la transaction, qui, étant nécessairement à titre onéreux, pourrait être déterminée par des considérations intéressées et par conséquent ne serait pas consentie en toute liberté.

280 *bis.* IV. Dans le même ordre d'idées, nous dirons que la transaction ne peut avoir pour objet les droits résultant de la puissance paternelle ou de la puissance maritale, ni ceux qui dérivent des régles de la loi relatives à la tutelle; dans ces hypothèses, la raison générale que nous avons donnée se corrobore d'une raison spéciale tirée de ce que le droit dont on disposerait n'est pas établi en faveur de celui à qui il appartient, mais au profit de l'incapable à qui il assure une protection.

280 *bis.* V. C'est parce qu'il s'agit de règles d'ordre public que la loi interdit les transactions sur les délits en tant que la transaction aurait pour but d'entraver l'action du ministère public, c'est-à-dire du représentant de la société chargé de poursuivre les infractions à la loi pénale.

Mais comme du délit naît une action civile en réparation du dommage causé à la partie contre qui le délit a été commis, la loi permet la transaction quant à cette action; la question alors est toute d'intérêt privé, le droit sur lequel on transige résulte non pas des dispositions des lois répressives, mais de l'article 1382 du Code civil.

280 *bis.* VI. La distinction que fait la loi, à propos des délits, entre l'intérêt privé et l'intérêt public, inspire une distinction analogue, quand il s'agit de procès relatifs à l'état des personnes. Nous

l'avons déjà dit, tout ce qui touche à l'état des personnes intéresse l'organisation de la société, mais de la situation des personnes dans la famille dérivent des droits pécuniaires qui ne se confondent pas plus avec l'état que l'action civile resultant d'un délit ne se confond avec l'action publique. Sur ces intérêts pécuniaires, on pourra transiger. Ainsi, un enfant légitime ou naturel pourra transiger sur ses droits dans la succession, pourvu que la convention ne porte pas sur sa qualité d'enfant légitime ou naturel.

280 *bis*. VII. Il est un ordre de questions qui paraît aussi se rattacher à des principes d'ordre public et d'intérêt social, ce sont les questions qui peuvent s'élever à propos de dettes d'aliments. Elles ne peuvent être l'objet d'un compromis (articles 1002, 1004, C. Pr.), d'où l'on a conclu qu'elles ne peuvent être non plus l'objet d'une transaction. Nous n'admettons pas cette assimilation entre le compromis et la transaction, et nous trouvons la preuve que la loi considère la transaction comme moins dangereuse que le compromis dans les règles sur les pouvoirs du tuteur, qui ne peut jamais compromettre, mais qui peut transiger sous certaines conditions.

280 *bis*. VIII. Il faut donc examiner la question de plus haut, le droit aux aliments existe-t-il en vertu de dispositions d'ordre public? Aussitôt cette question posée, une distinction apparaît nécessaire, si l'on peut parler d'ordre public et d'intérêt social, ce ne peut être qu'à propos des aliments dus en vertu de la loi, au cas de parenté ou d'alliance. Mais, quant à ceux qui sont dus en vertu de conventions entre particuliers, conventions à titre onéreux ou à titre gratuit, ou même en vertu de legs, il est impossible d'admettre que l'obligation existe dans un intérêt public. Sous le nom de pension alimentaire, les parties ont créé une rente viagère, et l'on ne comprend guère pourquoi cette rente ne pourrait pas être l'objet d'une transaction. Il est vrai que la rente viagère constituée à titre gratuit peut être déclarée insaisissable, et que celle qui a le caractère alimentaire est protégée par l'insaisissabilité (art. 581 C. Pr.). Mais il n'en résulte pas qu'elle soit incessible, et par conséquent de ce fait ne résultera pas l'impossibilité d'en faire l'objet d'une transaction.

280 *bis*. IX. Quant aux aliments dus en vertu de la loi, les considérations d'ordre public, qui d'abord paraissent les protéger, ne nous déterminent pas, et nous admettrons la validité de la transaction; car, il ne faut pas l'oublier, le droit aux aliments n'est pas épuisé

par une première demande et un premier jugement qui en déterminent la quotité. Si de nouveaux besoins se produisent, si la pension allouée devient insuffisante, le créancier peut de nouveau avoir recours à la justice On peut donc valider la transaction sans craindre d'exposer le créancier à mourir de faim, c'est dans ce cas seulement qu'il y aurait une atteinte portée à l'ordre public, et dans ce cas précisément, la transaction ne fera pas plus obstacle que ne le ferait un jugement à la demande d'un supplément de pension alimentaire. Cette considération arrêtera sans doute, et fort heureusement, les transactions qui convertiraient en argent comptant la créance d'aliments, car le débiteur ne serait pas protégé contre une action ultérieure. Au cas où la transaction aurait porté sur le chiffre de la pension, elle aurait au moins cet avantage que les tribunaux, juges de la demande en supplément, devraient non-seulement constater la situation financière actuelle du créancier, mais rechercher si cette position s'est aggravée depuis la transaction.

281. La transaction faite entre personnes capables, sur des objets qui en sont susceptibles, et sous des conditions non contraires aux lois, a pour effet naturel d'établir une fin de non-recevoir contre les prétentions ainsi abandonnées; et si les conditions ne sont déjà remplies, de constituer les parties respectivement créancières pour leur accomplissement. Mais on peut encore, pour mieux assurer ce double résultat, fortifier la transaction, comme tout autre contrat, par l'insertion d'une clause pénale. V. art. 2047.

281 *bis*. I. Depuis l'article 2047 jusqu'à l'article 2052-1° inclusivement, le Code traite, un peu en désordre et en sous-entendant bien des idées importantes, des effets de la transaction.

L'effet premier et principal de la transaction, comme de toutes les conventions légalement formées, c'est de tenir lieu de loi à ceux qui l'ont faite. Elle lie les parties, et puisque celles-ci ont entendu prévenir une contestation à naître ou éteindre une contestation déjà née, elle leur impose l'obligation de ne pas ressusciter les prétentions contraires auxquelles elles ont respectivement renoncé. Elle fournit donc à chacune des parties contre l'autre un moyen de défense, une exception, comme dit quelquefois le Code civil, pour repousser les prétentions de celle-ci, en tant qu'elles auraient été comprises dans la transaction.

Une action naîtrait aussi du contrat : 1° si, par quelque acte de fait contraire à la transaction, une partie avait porté préjudice à l'autre; 2° si la transaction imposait à l'une ou à toutes deux l'obligation de faire ou de donner quelque chose, et que cette obligation ne fût pas exécutée.

281 *bis*. II. Dans ces deux hypothèses, on aperçoit le fondement d'une action en dommages et intérêts, et par conséquent d'une stipulation de clause pénale. La peine sera alors ce qu'elle est d'ordinaire, la représentation des dommages et intérêts; mais on peut concevoir une clause pénale ayant un autre caractère, nous l'avons dit sur l'article 1229 (1). C'est la clause pénale stipulée *rato manente pacto,* c'est-à-dire qui se cumule avec l'exécution même de l'obligation. Si la contravention commise consiste dans le fait de soulever de nouveau la prétention éteinte, on peut comprendre que l'adversaire, tout en opposant l'exception qui lui procurera le bénéfice effectif de la transaction, puisse demander la clause pénale, comme indemnité du dérangement que lui cause le procès. De même s'il s'agit d'une contravention de fait à la transaction, si par exemple la partie a fait un travail qui lui était interdit par la transaction, le cocontractant peut, tout en faisant détruire l'ouvrage, demander le montant de la clause pénale pour l'indemniser du tort que cet ouvrage lui a causé tant qu'il a existé. En fin de compte, il n'y a rien là de particulier à la transaction ni à la clause pénale, les parties ayant toujours le droit de demander des dommages et intérêts à l'occasion d'un procès intenté à tort, ou d'un travail qui a été nuisible jusqu'au moment où son auteur a été forcé de le détruire.

Le seul point délicat sera l'appréciation du caractère de la clause pénale. Comment distinguer si elle a été stipulée pour être cumulée avec l'exécution; c'est une affaire d'interprétation de volonté, partant affaire de fait, l'importance de la somme stipulée donnera sur ce point d'utiles indications (2).

281 *bis*. III. Il est rare que la transaction ait pour effet unique celui que nous avons présenté comme son premier effet, c'est-à-dire l'extinction des prétentions des parties. Il n'en sera ainsi que quand les deux contractants se prétendraient mutuellement créancier et débiteur l'un de l'autre de deux dettes différentes, également contestées

(1) V. t. V, n° 166 *bis*. III.

(2) V., sur une question analogue, t. V, n° 166 *bis*. II, *in fine*.

par eux; le sacrifice mutuel, qui est au fond de toute transaction, consiste alors dans l'abandon pur et simple des prétentions réciproques, chacun renonçant à sa prétendue créance. Dès lors l'unique effet de la transaction est de protéger chacune des parties contre les poursuites que l'autre voudrait diriger contre elle. Mais l'hypothèse n'apparaît pas toujours aussi simple; si la convention est intervenue entre un prétendu débiteur qui niait la dette et le prétendu créancier, si elle a eu pour résultat une diminution du chiffre de la prétendue créance, elle produit certes un effet extinctif quant à la partie de la somme que le créancier a consenti à ne pas réclamer; mais pour la partie que le débiteur a consenti à payer, la convention produit une sorte d'effet confirmatif; le débiteur qui niait la dette a promis d'en payer une partie, et en se dépouillant pour cette partie du droit de repousser l'action de son adversaire, il s'est fait débiteur, s'il ne l'était pas déjà. Que s'il avait consenti à payer autre chose que ce dont il était prétendu débiteur, on voit encore plus clairement qu'il a contracté une nouvelle obligation.

281 *bis*. IV. Si de la transaction sur des droits personnels on passe à la transaction qui a pour objet des droits réels, la question prend une autre physionomie et devient bien plus délicate. Celui, par exemple, contre qui une revendication est ou pourrait être intentée abandonne la chose ou la garde, moyennant une somme d'argent; il reçoit ou il donne un autre corps certain; ou bien deux parties qui ont une contestation relativement à la propriété de plusieurs biens conviennent qu'elles se contentent chacune de quelques-uns des biens litigieux.

D'abord, dans ces hypothèses, la transaction engendre des obligations; celui à la charge de qui est mis le paiement d'une somme promet cette somme et en devient débiteur, celui qui détient un bien que la transaction attribue à l'autre partie devient débiteur de la livraison de cet objet, celui qui est chargé de donner un corps certain en devient débiteur comme celui qui a promis de l'argent ou une quantité.

281 *bis*. V. Jusque-là pas de difficultés, mais il reste deux points très-importants qu'il faut examiner. En quoi consiste au juste l'obligation de celui qui a promis une chose déterminée? a-t-il promis la propriété de cette chose? en doit-il la garantie si la partie à qui la chose a été livrée en est plus tard évincée? Cette double question n'est pas susceptible de controverse en ce qui touche les choses sur

lesquelles il n'existait pas de litige, et que l'une des parties à promises à l'autre pour contre-balancer les concessions que celle-ci faisait sur les choses litigieuses. L'une des parties conserve l'objet litigieux en promettant à l'autre une maison qui n'était pas l'objet du procès, elle est devenue débitrice de cette maison, elle ne peut pas s'acquitter valablement de son obligation si elle n'en transfère pas la propriété (art. 1238). L'autre partie a reçu ce bien en échange de ses droits plus ou moins contestables sur la chose litigieuse, cette autre partie a donc, au cas d'éviction, droit à la garantie (art. 1705).

281 *bis*. VI. Mais la double question que nous avons posée ne peut pas être aussi facilement tranchée quand il s'agit de la chose ou des choses qui étaient l'objet de la prétention. La partie qui a conservé cette chose, moyennant certains sacrifices, a-t-elle droit à la garantie au cas d'éviction? a-t-elle acquis les droits du cocontractant qui a renoncé à ses prétentions?

Sur le premier point, nous pensons que le droit à la garantie n'existe pas. C'était l'opinion de Pothier (1), qui se justifie par des raisons tirées de la nature même de la transaction. Ce contrat a pour but essentiel d'assurer la tranquillité de l'une des parties ou de toutes deux. Dans l'hypothèse où il s'agit de transiger sur un droit réel, l'intérêt de la transaction est de donner de la sécurité à la situation acquise d'un possesseur. Il avait la prétention d'être propriétaire; survient un revendiquant, il se sent exposé à une éviction; il fait un sacrifice pour éteindre cette prétention rivale, il termine le différend. Voilà ce que nous dit l'article 2044, qui définit la transaction. Certes, c'est donner au contrat un effet absolument en dehors des termes de cet article, que de traiter celui qui a abandonné sa demande comme un vendeur du bien revendiqué. Où trouve-t-on dans la convention la promesse de transférer la propriété? Il n'y a qu'une promesse de s'abstenir d'attaquer. Si l'on tient absolument à rencontrer dans la convention une sorte de cession, ce qui à notre avis est un point de vue faux, on ne peut arriver qu'à une cession de la prétention, c'est-à-dire d'un droit litigieux, d'une aléa, et cette cession ne saurait engendrer une obligation de garantir le succès de cette poursuite chanceuse qu'on appelle un procès. Il est à remarquer que le Code est tout à fait muet sur cette question

(1) V. Pothier, *Contrat de vente*, nos 645, 646.

de garantie, et qu'une pareille obligation a bien besoin d'être écrite dans la loi. On a allégué, il est vrai, qu'un article formel établissant cette obligation n'a été repoussé dans la discussion au Conseil d'État que sur des observations obscures et fort contestables qui permettent de supposer que l'article a paru inutile. Nous considérons cette supposition comme arbitraire, et nous interprétons le silence de la loi comme un refus de la garantie.

La conséquence de notre doctrine, c'est que le possesseur évincé n'a pas d'action en dommages et intérêts, et qu'il n'aurait pas même le droit de répéter ce qu'il a donné en vertu de la transaction, car ces prestations ont une cause suffisante dans l'abandon des droits tels quels, qui étaient invoqués par son adversaire.

281 *bis*. VII. L'autre question est plus douteuse. La transaction est-elle translative de droits? L'une des parties conserve le bien litigieux ou en reçoit la possession en vertu de la transaction, acquiert-elle par cette transaction un droit nouveau, ou reste-t-elle par rapport à ce bien ce qu'elle était avant la transaction, avec le titre qu'elle prétendait avoir, et pas davantage? Cette question, plus ancienne que le Code civil, nous paraît avant tout une question d'intention. Les parties peuvent certainement convenir que celle qui renonce à sa prétention cède par là même à l'autre ses droits sur la chose litigieuse, celle-ci devient alors ayant cause de celle-là, et elle cumule désormais avec son droit propre celui de l'autre, ou pour mieux dire, elle acquiert le droit d'invoquer le titre de son cocontractant, si le sien peut paraître insuffisant. Elles peuvent aussi s'expliquer en sens inverse, et déclarer que la renonciation à la prétention n'est pas autre chose qu'une abdication, une sorte de déclaration de neutralité n'impliquant aucun transport de droit à celui qui reste ou devient possesseur de la chose litigieuse. Ces deux conventions si diverses seraient toutes deux des transactions, car la définition de l'article 2045 est assez large pour les embrasser. On a, dans les deux cas, éteint ou prévenu un différend par des sacrifices que nous supposons réciproques; dans le premier cas, le sacrifice fait par l'une des parties consiste dans la cession de ses droits; dans l'autre, il en est le simple abandon; deux sacrifices d'inégale importance, mais dont le moindre suffit pour que la convention ait les caractères légaux de la transaction.

281 *bis*. VIII. La difficulté n'est pas là, elle naît quand la convention n'est pas explicative et qu'il s'agit de savoir laquelle des deux

a été dans la pensée des parties. Il faut alors interpréter d'après les règles générales du titre des contrats, c'est-à-dire qu'il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties. L'intention de celle qui prend ou garde la chose litigieuse est bien certaine, elle a dû vouloir acquérir le plus de moyens possible de conserver la chose litigieuse; or, il est vrai qu'elle s'en prétendait propriétaire, mais sa croyance a dû être quelque peu ébranlée par le procès ou la menace du procès, puisqu'elle a cru prudent de transiger; elle doit donc songer à d'autres prétentions possibles dans l'avenir, et chercher à s'armer aussi énergiquement qu'elle le pourra en vue des luttes futures, elle doit désirer joindre à son titre celui de l'adversaire dont elle se débarrasse par un sacrifice. L'autre partie n'a pas le même intérêt, mais elle n'a pas non plus d'intérêt à ne pas céder ses droits prétendus, car ils lui deviennent inutiles; pourrait-elle essayer de les exercer contre des tiers devenus possesseurs de la chose? Si elle réussissait à les évincer, elle serait alors attaquée en revendication par celui avec qui elle a autrefois transigé, et appuyé sur la transaction, celui-ci lui reprendrait le bien disputé. Si cette partie n'a pas d'intérêt à conserver son droit, ne doit-on pas facilement supposer qu'elle le cède? Entre ces deux contractants dont l'un a intérêt à acquérir les droits de l'autre, et dont cet autre n'a aucun intérêt à ne pas les céder, la présomption n'est-elle pas que la convention intervenue est une cession? Il est vrai que peut-être les parties ont parlé d'une renonciation, mais ce mot lui-même manque de précision, car il y a des renonciations *in favorem* (v. art. 780, 2e alin.), dès lors il doit être interprété dans le sens qui convient mieux à la matière du contrat (art. 1158), et nous venons de montrer que d'après la volonté probable des parties, le contrat de transaction implique plutôt une cession qu'un simple abandon du droit.

281 *bis*. IX. On élève des objections sérieuses contre cette manière d'interpréter le contrat de transaction. On allègue surtout que la doctrine presque universellement admise dans l'ancien droit est contraire, que la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, la condamne, et que l'article 2052 du Code civil confirme cette condamnation. Nous examinerons successivement ces trois objections.

281 *bis*. X. D'abord il faut remarquer que la doctrine ancienne qui remonte à Dumoulin a surtout été inspirée par l'esprit anti-féodal qui animait les anciens jurisconsultes : il s'agissait avant tout

pour eux de soustraire la transaction aux droits seigneuriaux atteignant les mutations de propriété, et la doctrine de la transaction déclarative de propriété a été préconisée dans le même but que la doctrine du partage déclaratif. Mais cette dernière doctrine présente des avantages pratiques considérables au point de vue des divers copartageants et du crédit public, elle a été expressément conservée par le Code ; l'autre n'a pas été reproduite par le Code, parce qu'elle était devenue inutile au point de vue fiscal depuis qu'elle avait été réglée plus ou moins clairement par une loi spéciale, et parce que, au point de vue civil, elle sacrifiait les intérêts des parties contractantes sans profit pour le crédit public, en laissant subsister des causes d'incertitude de la propriété qui disparaissent quand on considère la transaction comme translative de droit.

281 *bis*. XI. Est-ce la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement qui a tranché la question dans le sens de la jurisprudence ancienne? L'eût-elle tranchée, nous pourrions dire qu'elle n'a traité que la question fiscale, et qu'elle a laissé intacte la question civile, comme elle a fait pour la licitation entre copropriétaires qui, entraînant des droits de mutation proportionnels d'après l'article (69-5° et § 7-4°), n'en est pas moins traitée comme déclarative par l'article 883 du Code civil. A l'inverse, elle peut avoir dispensé du droit de mutation proportionnel la transaction que le Code civil aurait ensuite considérée comme ayant un effet translatif.

Au surplus, l'article 68, § 1er-45° de la loi de frimaire, en soumettant à un droit fixe la transaction, ajoute : pourvu qu'elle ne contienne aucune stipulation de somme ou de valeur, ni dispositions soumises par la présente à un plus fort droit d'enregistrement. On peut donc dire qu'elle laisse intacte la question d'interprétation, et que la transaction pourra être considérée comme un acte translatif, suivant l'interprétation qu'on lui donnera. C'est ainsi que l'a entendu la Cour de cassation dans un arrêt rendu Chambres réunies, le 12 décembre 1865 (1), où nous rencontrons ce motif : « Attendu que la transaction, intervenue entre les parties, a été un contrat commutatif par lequel l'une des parties s'est volontairement dessaisie d'une portion des biens de la succession dont elle était également investie, et qu'en stipulant de la part de la légataire universelle l'abandon d'une partie des biens légués,

(1) Sirey, 1866, I, 73.

elle a été essentiellement translative de propriété. » Ces raisonnements, par lesquels la jurisprudence introduit des distinctions sur l'article 68, § 1-45°, de la loi du 22 frimaire, dépouillent de toute force cette disposition de la loi fiscale en ce qui concerne la difficulté de droit civil que nous examinons.

281 *bis*. XII. L'article 2052 du Code civil n'est pas plus démonstratif dans le sens de la doctrine ancienne : il tente une assimilation entre l'autorité de la transaction et celle de la chose jugée, d'où l'on conclut que puisque les jugements n'ont qu'un effet déclaratif des droits préexistants, il doit en être de même de la transaction. Mais il faut se garder de confondre le mot autorité et l'expression effet. Quand on parle de l'autorité de la chose jugée, on entend traiter de la valeur qu'a le jugement en ce qui concerne le point litigieux. Le jugement supprime le litige entre les parties, il devient une vérité, voilà en quel sens il a autorité, c'est-à-dire qu'il s'impose et que la contestation ne peut pas renaître; la transaction aussi impose aux parties la nécessité de ne pas reprendre le différend, en ce sens elle a une autorité semblable à celle du jugement. Mais elle a certes des effets que ne produirait pas le jugement, elle crée certainement des obligations quand l'une des parties promet une chose qui n'est pas la chose litigieuse; les jugements n'ont pas cet effet, car alors même qu'ils condamnent à des dommages et intérêts, ils ne créent pas l'obligation, ils constatent qu'elle préexiste en vertu d'un dommage causé, et ils en fixent le montant. Si la transaction diffère certainement du jugement en ce qu'elle peut avoir pour effet de créer une obligation, on peut bien dire aussi qu'elle en diffère en ce qu'elle peut transférer la propriété, l'autorité des deux actes est la même en tant qu'ils ne permettent plus aux parties de recommencer le procès, les effets sont différents, parce que la volonté souveraine des parties peut engendrer des droits que les juges ne pourraient pas créer (1).

281 *bis*. XIII. Des conséquences fort graves dérivent de la solution que nous venons de donner.

1° La transaction, lorsqu'elle ne contiendra pas une simple abdication de droit, pourra constituer un juste titre que le possesseur

(1) V. M. Accarias, *Transactions*, p. 282 et suiv., et *Consultation* de MM. Valette, Duverger et G. Demante, reproduite par M. Gabriel Demante. *Principes de l'Enregistrement*, t. I[er]. Appendice, p. 544. Édit. 1878. En sens inverse, Aubry et Rau, t. III, p. 485, édit. 1856, et C. C., 3 janvier 1882. Sirey, 1883, I, 349.

invoquera pour arriver à la prescription par dix ou vingt ans. Elle lui sera utile quand il était lui-même possesseur sans juste titre.

2° La transaction devra être transcrite dans les conditions de la loi de 1855, toutes les fois que le possesseur jugera utile d'invoquer les droits de son cotransigeant contre des tiers qui auraient acquis des droits sur l'immeuble du chef de celui-ci ou du chef de ses auteurs.

3° S'il s'agit de meubles corporels, la transaction changera le caractère de la possession et lui fera produire les effets qui résultent de l'article 2279.

281 *bis*. XIV. 4° Enfin on pourrait croire que si un époux conserve, pendant le mariage, par une transaction, un immeuble sur lequel il avait des prétentions antérieures au mariage et dont il avait peut-être même la possession légale, cette opération, constituant une acquisition à titre onéreux, doit donner à l'immeuble le caractère d'acquêt. On abuserait alors de notre doctrine, car l'article 1402 est formel; il fait propres tous les biens sur lesquels l'époux avait des droits antérieurs au mariage. Or, la transaction, tout en étant dans notre opinion translative de droit, en ce sens que la partie peut invoquer les droits que prétendait avoir son adversaire, n'est pas moins pour cette partie un acte consolidant des droits contestés. Elle considérait, au moment du mariage, l'immeuble comme sa propriété, elle a fait plus tard un sacrifice pour le garder, comme un tiers détenteur en fait pour conserver le bien hypothéqué; mais dans sa pensée, lors du mariage, elle avait un immeuble, et tacitement elle en faisait un propre; or, c'est l'intention des parties qu'il faut considérer, car l'adoption du régime de communauté légale est une convention tacite de contrat de mariage. L'immeuble reste propre; mais si des sacrifices ont été faits au détriment de la communauté pour en assurer la conservation, une indemnité est due (art. 1437) (1).

282. Quelque illimitée que soit la faculté de transiger sur les objets dont la nature n'est pas exclusive de cette faculté; quelque disposé d'ailleurs qu'on puisse être à favoriser l'effet d'un acte qui tend à étouffer les procès, toujours est-il vrai que la transaction, tirant uniquement sa force de la volonté

(1) V. sur toute cette théorie M. Accarias, *Transactions*, p. 286 et suiv.

des contractants, ne peut s'appliquer qu'aux objets que cette volonté a embrassés; elle ne règle donc que le différend qui y a donné lieu; et si elle contient renonciation à tous droits, actions et prétentions, cette clause ne doit s'entendre que de ce qui est relatif à ce différend. V. art. 2048; v. à ce sujet 1156, 1163 : v. aussi *Ulp.*, L. 9, § 1, D. *de transact.; Diocl. et Max.*, L. 31, Cod., *eod.* Sans préjudice, bien entendu, de la faculté de comprendre plusieurs différends dans la même transaction.

Quant à l'intention de comprendre dans la transaction un ou plusieurs différends, il faut évidemment, pour en juger, appliquer les règles ordinaires d'interprétation, soit en s'attachant aux expressions spéciales ou générales qui manifestent l'intention, soit en reconnaissant cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé. V. art. 2049.

282 *bis*. L'effet de la transaction, qui consiste principalement dans l'extinction d'un droit litigieux, est limité au droit même que les parties ont eu en vue. C'est l'application pure et simple de l'article 1163 sur l'interprétation des conventions, par conséquent l'effet n'est produit que par rapport à l'objet sur lequel les parties ont entendu transiger, et encore relativement à cet objet, la transaction ne produit son effet que par rapport au différend que les parties ont voulu terminer. Il est clair, par exemple, que celui qui a transigé sur une succession, n'a pas renoncé a réclamer par une action en revendication un des biens compris dans la succession. La chose sur laquelle on a transigé était la succession, celle qui est l'objet de la revendication, c'est un immeuble déterminé, les deux prétentions ne portent pas sur la même chose.

Alors que la chose est la même, il peut arriver que le droit prétendu ne soit pas celui sur lequel on a entendu transiger. *Exemple :* la transaction portant sur la nullité d'un testament, la nouvelle prétention consiste à demander la réduction des legs contenus dans le testament et qui dépassent le disponible; la chose est la même, c'est la succession, la prétention est bien différente.

283. Les transactions se renfermant dans leur objet, et ne pouvant, par analogie, s'appliquer à un différend qui n'y a pas été compris, il en résulte qu'on ne doit pas les étendre à un

droit postérieurement acquis, quelle que soit sa similitude avec celui qui en a fait la matière. La loi applique ce principe au cas où une partie, ayant transigé sur un droit qu'elle avait de son chef, en acquerrait un semblable du chef d'une autre personne. Elle déclare en conséquence que cette partie, quant au droit nouvellement acquis, n'est pas liée par la transaction. V. art. 2050; *Ulp.,* L. 9, D. *de transact.*

283 *bis.* I. Il n'y a pas identité de chose dans le cas prévu par l'article 2050. Pierre a transigé sur ses droits dans la succession de Paul, dont il se prétendait héritier pour moitié, après la transaction, il hérite de Jean, son cohéritier; et par conséquent il a, pour cette seconde moitié de la succession, la même prétention que celle qu'il avait sur la première moitié. Mais ces deux moitiés de la succession sont choses différentes, et la transaction faite par rapport à l'une ne peut pas lier le contractant par rapport à l'autre.

283 *bis.* II. On a pu soutenir toutefois que quand la transaction avait eu le caractère d'une confirmation d'acte annulable, il était difficile d'admettre que cette confirmation fût sans influence sur une moitié de l'acte quand elle a validé l'autre moitié. *Exemple :* une donation nulle en la forme a été confirmée par un des héritiers du donateur (art. 1340). Cet héritier devient héritier de son cohéritier, qui avait conservé intact le droit de faire annuler la donation. Est-ce que la confirmation n'est pas une reconnaissance de la validité de la donation? est-ce qu'elle n'avoue pas que le donateur l'a faite en toute liberté? Sera-t-il possible de diviser cet aveu et de permettre à celui qui l'a fait de faire annuler la donation pour moitié, en s'appuyant sur la présomption du défaut de liberté dans le consentement, qui est la base d'une action en nullité de donation pour vice de forme? Nous n'hésitons pas à dire que cette prétention de la partie qui a transigé est admissible. En effet, si l'on s'appuie sur l'article 2050, cela n'est pas douteux, et si l'on invoque les principes de la confirmation, on arrive au même résultat; car, d'après le Code civil, la confirmation n'est valable qu'autant qu'elle indique non-seulement le vice qui entachait l'acte ratifié, mais la substance de l'obligation ratifiée, autrement dit il faut que l'acte prouve, chez celui qui confirme, la connaissance exacte de ce à quoi il s'oblige en confirmant une obligation. Cette théorie est générale, l'article 1338 s'applique aux actes translatifs de propriété, il

signifie donc que le confirmant doit savoir quelle est l'importance de l'aliénation qu'il renonce à attaquer. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, c'est la donation d'une moitié et non pas la donation totale que l'héritier confirmait, peut-être aurait-il hésité à renoncer au droit que lui confère l'article 1339, s'il avait su toute la valeur de ce droit.

284. A plus forte raison, la transaction faite par un intéressé ne peut-elle être appliquée à un autre, pour lequel celui-là n'avait pas pouvoir d'agir. Il est clair donc que l'autre ne pourra ni être lié par la transaction, ni l'opposer en sa faveur. V. art. 2051; *Scæv.*, L. 3, pr. et § 2, D. *de transact.*

284 *bis*. I. L'effet de la transaction, comme celui de toutes les conventions, est relatif, c'est-à-dire qu'il ne se produit qu'entre les parties contractantes; cela avait à peine besoin d'être dit, c'est l'application de l'article 1165. Seulement, la partie peut avoir été représentée par un mandataire, et dès lors il est certaines personnes entre lesquelles il existe une relation juridique qui peut être quelquefois celle qui résulte du mandat, et il est bon d'examiner si ce mandat implique le pouvoir de transiger.

La question se présente à propos des créanciers et débiteurs solidaires, des cocréanciers et codébiteurs de choses indivisibles, et aussi par rapport aux débiteurs principaux et aux cautions.

284 *bis*. II. Parlons d'abord des cocréanciers solidaires. Nous avons examiné la question sur le titre des contrats, et nous avons dit que le créancier solidaire ne peut éteindre la prétention, si ce n'est pour sa part, qu'il n'a pas mandat de disposer du droit des autres, et que logiquement, ne les représentant pas pour les lier, il ne peut pas les représenter pour leur acquérir un droit, d'où il résulterait que ses cocréanciers ne peuvent pas invoquer la transaction dont on ne pourrait pas se prévaloir contre eux (1).

284 *bis*. III. En ce qui concerne les codébiteurs solidaires, la solution doit être la même, car s'ils ont un mandat mutuel de se représenter en ce qui concerne les interruptions de prescription et les actes qui font courir les intérêts, on ne pourrait pas soutenir qu'ils ont un mandat de reconnaître, même au prix de concessions réciproques, l'existence de la dette solidaire ou l'existence même de

(1) V. t. V, n° 130 *bis*. III.

la solidarité; ils ne peuvent pas aggraver la situation de leurs prétendus codébiteurs, donc la transaction ne doit pas produire d'effet contre ceux qui n'y ont pas pris part. De là nous concluons qu'elle ne peut pas non plus leur profiter, car s'ils ne sont pas mandataires pour consentir aux abandons de droit que suppose la transaction, ils ne doivent pas l'être davantage pour stipuler les avantages qu'elle contient. La transaction est un tout, et le mandat de transiger doit être un pouvoir de consentir à l'ensemble des clauses que ce tout comporte; on ne doit pas interpréter en sens différent un mandat, surtout un mandat tacite.

Il est vrai que l'article 1285 établit que la remise de dette convenue avec un des codébiteurs solidaires profite aux autres, mais c'est là une disposition que nous avons critiquée et qui n'est pas en harmonie avec d'autres décisions de la loi, notamment avec celle qui concerne la remise de solidarité; il ne faut pas s'en faire un argument. D'ailleurs, on pourrait comprendre que la loi eût facilement présumé le mandat tacite d'accepter une remise de dette, c'est-à-dire de consentir à un acte simple et essentiellement avantageux, sans présumer le mandat de faire un acte aussi complexe et aussi dangereux qu'une transaction.

284 *bis*. IV. Ce que nous venons de dire des cocréanciers et des codébiteurs solidaires est vrai *à fortiori* des cocréanciers et codébiteurs de choses indivisibles, car dans le cas d'indivisibilité on n'aperçoit même pas le mandat limité qui produit certains effets quand les créances ou les dettes sont solidaires. Nous n'avons donc pas à mesurer l'étendue des pouvoirs résultant d'un mandat qui n'existe pas.

284 *bis*. V. Restent le débiteur principal et la caution. Il est clair que la caution n'est pas mandataire du débiteur principal, qu'elle ne peut pas par conséquent abandonner la prétention que celui-ci aurait d'être libéré, par exemple par un paiement, d'où cette conséquence logique que le débiteur principal ne pourrait pas argumenter de ce que la transaction pourrait avoir d'avantageux, par exemple d'une réduction du chiffre de la dette. Seulement, si la caution avait ainsi transigé moyennant une certaine somme, l'article 1288 imposerait au créancier la nécessité d'imputer cette somme sur la dette principale. Ce ne serait pas alors la transaction qu'invoquerait le débiteur, mais ce serait le paiement partiel accompli par la caution, comme il aurait pu être effectué par un tiers à la décharge du débiteur.

284 *bis*. VI. Le débiteur principal n'est pas non plus mandataire de la caution; mais comme la dette de celle-ci n'est qu'accessoire, elle cesse d'exister dès que le principal disparaît, partant la transaction qui diminuera la dette principale profitera à la caution, comme profiterait une remise (art. 1287), et la transaction qui changerait l'objet de la dette principale entraînerait extinction complète du cautionnement.

284 *bis*. VII. La transaction peut être intervenue en matière de droit réel, et des difficultés analogues à celle que nous venons d'examiner peuvent se présenter. Si par exemple on songe à une transaction conclue entre un grevé de substitution et un tiers qui revendique un bien faisant partie de la substitution, quel sera l'effet de la convention par rapport aux appelés? Le grevé n'est pas le représentant des appelés, et d'un autre côté ceux-ci ne sont pas ses ayants cause, donc la transaction est, par rapport à eux, *res inter alios acta*. On pourrait peut-être, si la transaction était nécessaire, la faire dans les conditions requises par les transactions intéressant les mineurs, c'était la disposition de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions; mais dans le silence du Code, on peut hésiter très-sérieusement à admettre cette solution (1).

Il faut étendre ce que nous venons de dire à toutes les hypothèses où le contractant sera un propriétaire sous condition résolutoire, il n'aura pas eu le pouvoir de faire une transaction opposable au propriétaire sous condition suspensive ou par lui.

284 *bis* VIII. L'héritier apparent ressemble en fait, sinon en droit, à un propriétaire sous condition résolutoire. Aussi les transactions qu'il aurait consenties pourraient être traitées comme nulles par rapport à l'héritier véritable. Elles sont faites *a non domino*. Mais une jurisprudence constante valide les aliénations consenties par l'héritier apparent, et en admettant cette jurisprudence, on doit valider les transactions.

C'est au possesseur d'une hérédité que la jurisprudence reconnaît le droit d'aliéner, d'où nous concluons au droit de transiger. Nous n'en dirons pas autant du possesseur d'une chose singulière. Quant à lui, nous rentrons sous l'application des principes généraux auxquels, quand il s'agit de l'héritier apparent, la jurisprudence fait brèche par des raisons dérivées de la nature spéciale de la chose

(1) V. t. IV, n° 213 *bis*. V.

possédée, qui est une universalité. Le possesseur d'un bien à titre singulier n'a pas mandat du vrai propriétaire, donc il ne peut compromettre ses droits par une transaction, partant il ne pourra pas non plus acquérir les droits résultant d'une convention avantageuse. La convention est, par rapport au vrai propriétaire, *res inter alios acta*. Il n'est pas d'ailleurs possible de considérer le possesseur comme un gérant d'affaire, car puisqu'il possède avec l'*animus domini*, cet *animus* est exclusif de l'idée qu'il songerait au vrai propriétaire quand il transige. Lorsqu'il est de bonne foi, cette pensée ne peut lui être attribuée, et quand il est de mauvaise foi, il agit dans son intérêt propre, et c'est lui prêter une intention bien scrupuleuse qui s'accorde mal avec sa volonté de s'approprier la chose d'autrui, que de dire qu'il a stipulé, au besoin, pour le vrai propriétaire en vue du cas où la revendication de celui-ci ne lui permettrait pas à lui-même de profiter de la transaction.

285. La force de la transaction est celle des conventions légalement formées, qui tiennent lieu de loi entre les parties. Mais le principe, dans son application à cette matière, a une puissance toute particulière : c'est pour exprimer la plénitude de cette puissance, qu'on assimile la force de la transaction à celle de la chose jugée en dernier ressort; la transaction, en effet, est une sorte de jugement porté par les parties elles-mêmes. V. art. 2052, al. 1; *Diocl. et Max.*, L. 20, Cod., *de transact.*

Observons toutefois que cette assimilation manque d'exactitude sous plusieurs rapports; car la transaction est, s'il y a lieu, susceptible de rescision dans la forme ordinaire. Bien plus, il est à remarquer que c'est moins sur les principes en matière de chose jugée que sur les principes généraux des contrats que sont fondées les causes de rescision admises.

285 *bis*. I. La formule de l'article 2052, 1er alin., qui reconnaît à la transaction l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, a donné lieu à des discussions et à des interprétations diverses; on reconnaît qu'il existe des différences entre la transaction et le jugement, on constate des ressemblances, mais on fait remarquer que les règles qui établissent l'analogie entre la transaction et le jugement, par exemple celles qui ne font obstacle à une nouvelle instance

qu'autant qu'elle mettrait en présence les mêmes parties sur la même question, sont des règles de la matière des contrats, tout naturellement applicables à la transaction, qui est un contrat. De cette remarque on conclut que la disposition de l'article 2052, 1er alin., est inutile, parce qu'elle est dénuée de conséquences (1).

285 *bis*. II. Nous ne pensons pas que cette conclusion soit exacte. L'article tranche une question que le Code n'a pas encore touchée dans les articles précédents, et sur laquelle il était nécessaire de s'expliquer. La transaction, en effet, dans la pensée des parties, termine le différend comme le ferait un jugement. Mais à quel jugement l'assimiler? est-ce à un jugement en dernier ressort? De même qu'un compromis peut nommer des arbitres qui remplaceraient seulement le tribunal du premier degré (art. 1010, C. Pr.), de même la transaction aurait pu être considérée comme remplaçant un jugement de première instance, susceptible d'appel, c'est-à-dire de révision. Le Code s'explique sur ce point, il n'interprète pas ainsi la convention des parties, il entend que la transaction représente une décision en dernier ressort. On voit que les règles sur la matière des conventions ne rendaient pas cet article inutile, car c'est une question d'interprétation que résout ici la loi, et quelque naturelle que puisse paraître l'interprétation légale, on comprend qu'elle ait cet avantage d'éviter toute difficulté sur la portée même de l'intention des parties.

L'ensemble de l'article 2052 et les articles suivants montrent clairement la direction de la pensée des rédacteurs du Code. Ils abordent immédiatement la matière des nullités, c'est-à-dire qu'ils se préoccupent des divers moyens par lesquels on pourra attaquer la transaction, et dans le premier des articles de la série ils parlent des moyens que les parties ne pourront pas employer, en première ligne ils excluent par leur formule le droit d'appel; en seconde ligne, et par la deuxième partie de l'article, ils excluent l'action en nullité pour erreur de droit et pour lésion.

285 *bis*. III. L'explication que nous donnons de l'article 2052, 1er alinéa, nous dispense de faire une comparaison entre la chose jugée et la chose décidée par une transaction. Entre une convention et un jugement, il y a une foule de différences essentielles qu'il est absolument inutile d'énumérer.

(1) V. M. Accarias, *Transactions*, p. 302.

286. Quoi qu'il en soit, eu égard à la force particulière attribuée à la transaction, l'erreur de droit, qui, suivant les cas, pourrait certainement annuler pour fausse cause les obligations ordinaires (art. 1131), et la lésion, que la loi elle-même déclare vicier les conventions dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes (art. 1118), ne peuvent jamais être un motif pour attaquer une transaction. V. art. 2052, al. dernier.

Mais l'erreur de fait produit ici le même effet que dans les contrats ordinaires; et comme la transaction doit toujours être censée faite *intuitu personæ,* l'erreur sur la personne est, comme l'erreur sur l'objet de la contestation, une cause de rescision. V. art. 2053, al. 1, et à ce sujet, art. 1110.

Le dol et la violence produisent également ici leur effet ordinaire. V. art. 2053, al. 2, et à ce sujet, art. 1111-1116.

286 *bis*. I. Au second paragraphe de l'article 2052 commence la théorie des nullités de la transaction. La loi parle principalement dans cet article et dans les suivants, des cas d'annulabilité, c'est-à-dire de ceux qui donnent naissance à ce que le Code civil appelle l'action en nullité ou en rescision. Il faut bien admettre cependant que la transaction sera exposée à d'autres attaques dans les hypothèses où les conventions en général sont radicalement nulles, c'est-à-dire manquent d'une des conditions essentielles à leur existence. Par exemple, quand le consentement de l'une des parties aura complétement manqué, quand la transaction n'aura pas d'objet ou que l'objet sera illicite.

286 *bis*. II. Traitant des causes de rescision, la loi commence par se débarrasser de deux d'entre elles, elle n'admet pas la rescision pour lésion, ce qui est l'application pure et simple de l'article 1118, elle repousse aussi la rescision pour cause d'erreur de droit. En principe, toute erreur sur la substance de la chose est une cause de nullité, et l'on peut concevoir telles hypothèses où cette erreur serait une erreur de droit. Si par exemple nous raisonnons sur la vente d'une créance, l'acheteur pouvait croire que l'obligation était civile alors qu'elle n'était que naturelle, il a pu être induit dans cette croyance par une erreur de droit, il aurait l'action en rescision pour cause d'erreur. Il n'en sera pas ainsi dans la transaction. Cet acte,

pour atteindre son but, qui est l'extinction des contestations, doit n'être attaquable que dans des cas absolument exceptionnels, et l'allégation d'une erreur de droit pourrait presque toujours être produite, ce qui remettrait en question toutes les transactions. La loi, d'ailleurs, a pensé que l'attention des parties avait dû, dans un pareil contrat, être particulièrement appelée sur le côté juridique de l'affaire, sur le point du droit; les parties l'ont étudié ou fait examiner par des conseils, et l'erreur fondée sur la surprise est presque improbable.

286 *bis*. III. Après avoir rejeté deux causes de rescision, la loi consacre le droit de faire rescinder la convention dans les cas de dol et de violence. Ce sont des causes ordinaires de rescision, pour lesquels il faut renvoyer aux règles générales.

286 *bis*. IV. Puis elle parle du troisième vice, considéré comme cause de nullité par l'article 1109, le vice d'erreur. Sur ce point, des dictinctions sont nécessaires, parce que l'erreur peut porter sur des points divers. La loi traite d'abord de l'erreur sur la personne. Elle déclare que de cette erreur résulte une action en rescision. En cela l'article 2053 semble déroger à la théorie générale, car l'article 1110 pose en règle que l'erreur sur la personne n'est point une cause de nullité, à moins que la considération de la personne ne soit la cause principale de la convention. Nous avons cependant décidé, sur l'article 1110, qu'il faut entendre l'article 2053 en le mettant en harmonie avec l'article 1110. Il nous a paru que l'article 2053, 1er alinéa, fait simplement un renvoi aux règles générales, comme son second alinéa, qui parle du dol et de la violence, sans préciser dans quelles conditions ces faits vicieraient le consentement. Cela étant, l'erreur sur la personne viciera la transaction comme elle vicierait une vente, pourvu qu'on puisse voir que la considération de la personne a été déterminante, par exemple si l'on a cru traiter avec un parent, ce qui justifie certaines concessions un peu larges. Sinon, pourquoi annuler un acte qui, nous le supposons, éteint un procès, et que la partie avait autant d'intérêt à faire avec Pierre qu'avec Paul (1)?

286 *bis*. V. On voit que nous ne raisonnons pas en vue d'une erreur sur l'identité de la personne. Si, ayant une difficulté avec Pierre, je transige avec Paul, que je crois être Pierre, nous ne

(1) V. t. V, n° 12 *bis*. II.

sommes plus dans l'hypothèse prévue, et je n'ai certes pas besoin de demander la nullité de la transaction par rapport à Pierre, puisqu'il ne peut s'en prévaloir, c'est *res inter alios acta*.

Reste à savoir si je suis lié envers Paul, et si je dois exécuter envers lui les obligations que m'a imposées la transaction. Nous ne le pensons pas; mais nous ne nous appuyons pas sur la théorie de l'erreur quant à la personne, nous voyons dans cette hypothèse une erreur sur la cause de l'obligation; celui qui transigeait avec Paul croyait en réalité obtenir la renonciation aux droits de Pierre, il ne soupçonnait pas une autre prétention fondée sur les droits particuliers à Paul; puisqu'il n'obtient pas l'extinction des droits de Pierre, son obligation manque de cause. Il en résulte qu'elle est radicalement nulle, article 1131, et c'est à cause du caractère de la nullité produite par cette erreur que nous mettons notre hypothèse hors de l'article 2053, qui règle l'action en rescision.

286 *bis*. VI. Après avoir parlé de l'erreur sur la personne, l'article indique l'erreur sur l'objet comme donnant ouverture à l'action en rescision. Mais ici nous devons encore faire la distinction que nous venons d'indiquer sur la question précédente. Il ne s'agit dans l'article que des causes de rescision; donc il faut laisser de côté les erreurs qui, d'après les principes généraux, entraînent une nullité radicale, ce sont lorsqu'il s'agit de l'objet, des erreurs *in ipso corpore rei* (1) J'ai cru transiger sur la propriété d'une terre en Normandie, et l'autre partie transigeait sur une terre en Bretagne. On a toujours reconnu que cette erreur capitale empèche le contrat de se former, elle est exclusive de l'accord des volontés, il n'y pas convention (*duarum voluntatum in idem placitum consensus*). Cette doctrine est tellement évidente, que dans le titre des contrats le Code ne l'a pas même formulée; elle est admise cependant par tous; au titre de la transaction la loi garde le même silence, pourquoi l'interpréterait-on autrement et chercherait-on à faire rentrer cette hypothèse dans les cas de rescision?

286 *bis*. VII. Quand la loi parle d'erreur sur l'objet, elle se réfère donc aux erreurs dont il est traité à l'article 1110, c'est-à-dire à l'erreur sur la substance de la chose. Quelle est ici véritablement la chose objet de la convention, et qu'allons-nous considérer comme erreur sur la substance?

(1) V. t. V, n° 16 *bis*. I.

Il faut d'abord appliquer l'article 2053 aux erreurs que nous avons reconnues en expliquant l'article 1110 comme des erreurs sur la substance. Elles sont relatives à la nature de l'objet sur lequel porte les prétentions opposées des deux parties. Ainsi, on a transigé sur la propriété de lingots de métal que l'une des parties croyait en or et que l'autre savait être de l'argent doré, ou bien sur un tableau qu'une des parties croyait faussement être un original tandis qu'il n'était qu'une copie (1). Ces hypothèses ont dû certainement se présenter les premières à l'esprit du législateur, puisque ce sont celles pour lesquelles il a écrit l'article 1110 et parce qu'il n'y a aucune raison pour valider en pareil cas une transaction quand on annule une vente.

286 *bis*. VIII. Nous ferons cependant une observation, l'action en rescision ne doit être admise qu'à propos d'une erreur préjudiciable. Si donc la transaction avait uniquement consisté dans une division de la propriété des lingots ou des tableaux dans une proportion quelconque entre les parties, il n'y aurait pas lieu de rescinder l'acte; car la partie qui a consenti à se contenter d'une moitié ou d'un quart de la chose, ne souffre pas un dommage véritable lorsqu'elle a la moitié d'un lingot d'or ou d'un tableau précieux au lieu de la moitié d'un lingot d'argent ou d'une copie; les proportions assignées aux droits des parties par la transaction sont observées malgré la découverte d un changement dans la nature de cette chose.

287. Il y a vrainement erreur substantielle sur l'objet de la contestation, et la transaction, en conséquence, est sujette à rescision, lorqu'elle est faite en exécution d'un titre nul; car on doit croire que si la nullité eût été connue, le consentement n'eût pas été donné. Ce n'est pas qu'on ne puisse valablement transiger sur la nullité elle-même; mais la loi ne suppose pas cette intention; elle ne la reconnaît qu'autant qu'elle est expresse. V. art. 2054; v. à ce sujet art. 1338.

287 *bis*. I. L'article précédent renvoyait tacitement aux règles générales du titre des contrats en ce qui concerne l'erreur sur l'objet. Les articles qui suivent l'article 2053 envisagent diverses

(1) V. t. V, n° 16 *bis*. II.

hypothèses d'erreur, et sur chacune d'elles nous allons avoir à examiner si les solutions de la loi découlent de ces principes ou y consacrent au contraire une dérogation.

Le premier article suppose une transaction faite en exécution d'un titre nul; les parties n'ayant pas expressément traité sur la nullité, les contractants n'ont pas envisagé la question qui pouvait s'élever sur la nullité du titre, ils discutaient sur son interprétation ou sur la validité des clauses de l'acte considérées en elles-mêmes. Si on suppose qu'il s'agit d'un testament, on voit quelles questions d'interprétation peuvent s'élever : le testateur a-t-il donné tout le domaine ou seulement une partie, la propriété ou l'usufruit? ou quelles questions de validité : le légataire est-il incapable (art. 909)? la disposition est-elle une substitution prohibée ou un legs conditionnel? Il y a place à bien des procès en dehors même de toute contestation sur la validité du testament. La loi décide que la transaction est attaquable en pareil cas, et elle n'exige pas, pour que la convention soit annulée, qu'il y ait eu erreur de la part de la partie qui demande la nullité.

287 *bis*. II. Cette observation que nous faisons sur le silence de la loi en ce qui concerne l'erreur, a une grande importance pour déterminer la cause de la nullité. Elle ne se rattache pas, selon nous, à la théorie de l'erreur. Quand on veut l'y rattacher, il faut ou distinguer là où la loi ne distingue pas, ou admettre l'existence d'une présomption *juris et de jure*, servant de preuve à l'erreur (1). Les deux idées nous paraissent également inadmissibles : la distinction a contre elle le silence du Code, et la présomption, qui ne peut être acceptée qu'en présence d'un texte formel (art. 1350), n'a pas plus de texte sur lequel elle puisse s'appuyer.

L'article 2054 nous paraît donc être tout simplement l'application de l'article 2048. Sur quoi portait le différend? sur l'exécution de l'acte ou sur sa validité au point de vue de la forme? Pour qu'il soit certain qu'on a transigé sur la validité de l'acte, il faut que les parties l'aient expressément déclaré. Voilà tout ce que l'article 2054 ajoute à l'article 2048.

287 *bis*. III. Ceci étant, nous arrivons facilement à la solution d'une question fort controversée : le fait, cause de la nullité, était connu de la partie, mais par une erreur de droit elle en ignorait les con-

(1) V. M. Accarias, *Transactions*, p. 312.

séquences. On comprend une discussion sur ce point quand on fait dériver l'article 2054 de la théorie sur l'erreur; faut-il, par application de l'article 2052, refuser l'action en nullité, ce qui, il faut le remarquer, introduirait encore une autre distinction dans l'article 2048, qui cependant n'en fait aucune? Dès que l'action en nullité du titre peut être intentée parce que la transaction est restée étrangère à la question de validité, il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si la partie connaissait ou non la cause de nullité et en ignorait ou non la valeur juridique (1).

287 *bis.* IV. Il ne suffit pas du reste d'avoir constaté que l'article 2054 applique la règle de l'article 2048, et que la partie ou les parties peuvent faire déclarer la nullité du titre; il reste à dire ce que devient la transaction quand l'acte, dont elle réglait l'exécution, est reconnu nul. A notre sens, elle manque d'objet, car il n'y a pas à régler l'exécution d'un acte qui n'existe pas, et c'était précisément la réglementation de cette exécution qui était l'objet de la transaction. Nous pensons donc que la nullité est radicale, et que l'article 2054 a employé improprement l'expression action en rescision. Il résultera de cette doctrine une conséquence pratique qui nous paraît fournir par elle-même un argument dans notre sens; si la nullité du titre était une nullité radicale comme celle qui résulte d'un vice de forme dans une donation ou un testament, la durée de la prescription ne serait pas réduite à dix ans, comme cela paraîtrait ressortir de l'article 2054. Or, il paraît inadmissible qu'en transigeant sur l'exécution d'un acte sans transiger sur la nullité, ce qui est la supposition de la loi, on ait diminué considérablement le temps pendant lequel les parties peuvent utilement se prévaloir de la nullité (2).

287 *bis.* V. Nous avons raisonné sur un vice du titre qui entraînait une nullité radicale, mais il n'y a pas de motif pour ne pas appliquer l'article, lorsque le titre est simplement annulable. Si l'on n'a pas transigé quant à l'action en nullité, l'article 2054 s'appliquera, et l'anéantissement du titre obtenu par voie d'action en rescision proprement dite fera défaillir l'objet de la transaction, qui deviendra alors radicalement nulle. Il faut toutefois prendre garde que dans certaines hypothèses la transaction sur l'exécution du titre

(1) V. cependant C. Poitiers, 10 juin 1878. Sirey, 1878, 2, 109.

(2) M. Demante, dans le n° 187, énonce une opinion contraire à celle que nous soutenons. V. aussi M. Accarias, *Transactions*, p. 311 et suiv.

annulable devra être considérée comme une exécution impliquant confirmation tacite, d'où il résultera que l'annulation ne pourra plus être demandée et que la transaction, ayant un objet, sera valable. Il restera néanmoins des cas où la transaction ne vaudra pas confirmation, c'est quand la partie ignorera le vice de l'acte, objet de la transaction; l'exécution volontaire ne vaut confirmation que quand elle est faite en parfaite connaissance du vice qui rend le contrat annulable (1).

287 *bis*. VI. Cette hypothèse que nous examinons la dernière, dans laquelle le titre n'est pas radicalement nul, mais seulement rescindable, nous fournit peut-être l'explication de l'incorrection que notre opinion sur l'article 2054 impute au législateur. Où il a écrit le mot rescision, nous traduisons par nullité radicale; cette confusion, qui a été quelquefois commise surtout dans les discussions qui ont préparé le Code civil, pourrait résulter dans l'article 2054 de l'espèce que les rédacteurs avaient particulièrement en vue. S'ils songeaient à un titre annulable, ils voyaient le procès sur la transaction commencer par une action en nullité en rescision, et comme la nullité de la transaction résultant de l'annulation du titre ne se produit que par voie de conséquence, ils n'ont caractérisé que la première action intentée, sans chercher à donner la dénomination exacte de la seconde action, qui ordinairement ne sera pas intentée spécialement et qui se produira sous la forme de conclusions complétant les conclusions à fin de nullité du titre, et tendant en quelque sorte à faire régler l'exécution du jugement qui aura prononcé la rescision de ce titre.

288. Le cas de faux rentre réellement dans celui de nullité; ainsi la transaction sur pièces fausses doit être nulle, à moins qu'on n'ait traité sur la fausseté (*Léon et Anth.*, L. 43, Cod., *de transact.*). Toutefois, il est à remarquer que pour maintenir la transaction sur pièces fausses, la loi ne semble pas exiger, comme au cas de nullité, qu'on ait traité expressément sur la fausseté; il paraît suffire que le vice du titre ait été connu; en effet, la nullité n'est prononcée que dans la supposition que les pièces ont été depuis reconnues fausses. Au reste, la transaction est sur pièces fausses par cela seul

(1) V. t. V, n° 310 *bis*.

que quelqu'un de ses articles est basé sur ces pièces; et vu la corrélation nécessaire de toutes ses parties, notre législateur veut qu'elle soit alors entièrement nulle. V. art. 2055.

288 *bis*. I. L'article 2055 prévoit un cas d'erreur, et sa rédaction accentue bien la différence d'espèce qui le sépare de l'article précédent. Une des parties a produit à l'autre, à l'appui de ses prétentions, des pièces qui *depuis* ont été reconnues fausses, donc *alors* elles étaient crues vraies, il y avait erreur; nous avons fait remarquer au contraire que dans l'article 2054 il n'est pas dit que les parties ignoraient la nullité du titre sur l'exécution duquel elles traitaient.

L'erreur commise dans le cas de l'article 2055 n'est pas une erreur sur l'objet, car l'objet, c'est d'abord la chose matérielle ou immatérielle sur laquelle on prétend des droits, c'est peut-être aussi, en matière de transaction, le droit prétendu par chacune des parties; ici l'erreur porte sur un moyen de preuve produit par une partie, ce n'est pas une erreur prévue par l'article 1110. Ce ne peut être qu'une erreur sur la cause. L'une des parties a consenti à faire des sacrifices pour obtenir la renonciation à une prétention qu'elle croyait appuyée sur un acte écrit, cet acte est faux, et il en résulte qu'elle a obtenu la renonciation à une prétention qui n'a pas cet appui solide, ce pour quoi la partie s'est obligée ou a donné quelque chose n'existe pas, la cause manque. Donc la transaction est radicalement nulle. Le texte de notre article ne contredit pas cette doctrine, car ici nous ne retrouvons pas l'expression rescision.

288 *bis*. II. On objectera peut-être qu'il est grave de reconnaître à cette nullité le caractère de nullité absolue, parce qu'il en résulte que celui qui a produit la pièce fausse pourra demander la nullité. Nous répondrons qu'il n'y aura pas probablement intérêt, mais qu'il a juste sujet de ne pas rester très-longtemps à la discrétion de l'adversaire qui, quand il voudra, fera annuler la transaction. Nous ajouterons que, responsable de la faute qu'il a commise en se servant d'une pièce fausse, il devra des dommages et intérêts à l'autre partie, si la rupture de la transaction nuit à celle-ci, et que le maintien de cette transaction pourrait alors être imposée comme réparation du dommage. Pour être complet, disons que la partie qui a produit le titre de bonne foi n'en serait pas moins responsable, parce qu'elle a au moins commis une imprudence en se servant d'une pièce sans s'être assurée de sa sincérité.

288 *bis*. III. Il faut remarquer que la transaction sur pièces fausses est *entièrement* nulle. Ce qui signifie qu'elle ne vaut en aucune de ses parties, qu'on ne se contente pas d'invalider la convention quant à celle des prétentions opposées sur laquelle la pièce fausse a été produite, à la différence de ce qui se passe en matière de requête civile (art. 482, C. Pr.). Il est en effet bien plus difficile dans une transaction que dans un jugement de discerner si l'influence de la pièce fausse a été absolue ou relative, la transaction étant bien souvent, dans la pensée des parties, comme une compensation des différentes prétentions les unes avec les autres, et le sacrifice que l'une des parties fait sur un point peut être déterminé par la crainte de celles des prétentions adverses que paraissait justifier la pièce fausse. La transaction est un ensemble de conventions qui s'enchaînent et s'entremêlent les unes dans les autres; en faisant tomber l'une, on les fait tomber toutes.

289. Il y a encore erreur sur l'objet de la contestation, si la transaction est faite sur un procès terminé par un jugement, dont l'existence était ignorée, soit par les deux parties, soit par *l'une d'elles seulement*. Mais cette erreur, condition nécessaire, dans les principes du Code, pour que le jugement fasse obstacle à la validité de la transaction, n'est réputée substantielle, et ne produit nullité, qu'autant que le jugement ignoré était *passé en force de chose jugée*. *Secus* quand l'appel est possible; car alors il y a encore matière à litige, et l'on n'est pas sûr que la connaissance du jugement eût empêché de transiger. V. art 2056, et à ce sujet, *Ulp.*, L. 7, L. 11, D. *de transact.*; L. 23, § 1, *de cond. ind.*; *Diocl. et Max.*, L. 32, Cod., *de transact.*

289 *bis*. I. L'erreur prévue par l'article 2056 consiste dans l'ignorance de ce fait que la prétention comprise dans la transaction avait été l'objet d'un procès et que ce procès avait été terminé par un jugement ayant force de chose jugée. La loi a exprimé sa pensée autrement, elle a dit : jugement passé en force de chose jugée; mais nous savons qu'elle n'attache pas habituellement d'importance à la différence de ces deux expressions, qu'elle entend, soit par l'une, soit par l'autre, désigner un jugement qui ne peut pas être attaqué soit par l'opposition, soit par l'appel, que ce soit d'ailleurs un juge-

ment en premier et dernier ressort ou un jugement rendu en premier ressort, mais qui a acquis une force définitive par l'expiration des délais d'opposition ou d'appel (1).

289 *bis*. II. Nous voyons l'article 2056 indiquer expressément que dans l'hypothèse qu'il régit il y a eu erreur des deux parties ou de l'une d'elles; de même que l'article précédent la loi a, par certaines de ses expressions, montré qu'elle supposait une erreur. Mais nous devons nous demander quelle est la nullité qui produit cette erreur. Sur l'article 2055, il nous était facile de dire : l'erreur n'a pas porté sur l'objet de la convention, donc nous ne sommes pas en présence d'une obligation rescindable aux termes de l'article 1110. Sur l'article 2056, nous devons bien reconnaître que l'erreur porte sur l'objet ou l'un des objets de la convention. Néanmoins, ce n'est pas l'erreur que prévoit l'article 1110, parce qu'il ne s'agit pas d'une erreur sur la substance, c'est-à-dire sur la qualité caractéristique de la chose, c'est une erreur sur l'existence même de l'objet. La convention a pour objet des prétentions qui ont occasionné ou qui peuvent occasionner un procès; or, si l'affaire a déjà été jugée, il n'y a plus litige, droit litigieux; la transaction manque d'objet, au moins l'obligation de la partie qui renonçait à la prétention condamnée par les tribunaux manque d'objet, et partant l'autre manque de cause. La convention doit être nulle, d'une nullité absolue.

289 *bis*. III. Ceci étant, on peut être étonné que la loi subordonne cette nullité à la condition d'erreur, car il est certain qu'une vente qui a pour objet un animal mort est radicalement nulle, quand bien même l'une des parties ou même toutes les deux auraient connaissance de l'événement qui a détruit la chose vendue (art. 1601). Mais nous apercevons une grande raison de différence entre les deux hypothèses : quand l'animal est mort, il n'en reste plus absolument rien qui puisse être l'objet de la convention; quand un droit litigieux est éteint par un jugement, il reste encore quelque chose, une obligation naturelle, ce quelque chose n'est pas suffisant pour servir d'objet à une transaction, parce que, cette obligation n'étant pas protégée par une action, un procès est impossible. Mais l'obligation naturelle peut acquérir une force véritable par la reconnaissance consciente de l'obligé; or, celui qui transigera sciem-

(1) V. t. V, n° 207 *bis*. IV.

ment sur un droit éteint par un jugement ayant force de chose jugée, peut être considéré comme ayant reconnu l'existence de l'obligation naturelle, et consenti à transiger sur cette obligation. Voilà pourquoi l'espèce sur laquelle notre article raisonne, suppose nécessairement une erreur, bien que, si cette erreur a existé, on arrive à une nullité non pas pour erreur, mais pour absence d'objet.

289 *bis*. IV. La conséquence de notre doctrine, qui fait de la nullité une nullité absolue, c'est que la partie qui a connu l'existence du jugement ayant force de chose jugée, aura le droit d'attaquer la transaction, mais il faudra pour cela que ce ne soit pas la partie que le jugement déchargeait de son obligation prétendue, parce que nous venons de dire que la transaction équivalait alors à une reconnaissance de l'obligation naturelle qui survit au jugement, d'où il résulte qu'on n'est plus dans le cas prévu par l'article 2057 et que la transaction, ne manquant plus d'objet, est valable.

289 *bis*. V. Si la partie qui a ignoré le jugement était celle en faveur de qui ce jugement reconnaissait l'existence d'un droit, l'autre partie, condamnée à accomplir une certaine prestation par un jugement qu'elle connaissait, n'a pas, en consentant à la transaction, reconnu l'existence d'une obligation naturelle donnant un objet à la transaction, par conséquent nous sommes bien dans l'hypothèse prévue et réglée par l'article; l'acte est nul absolument, et les deux parties peuvent invoquer la nullité, aussi bien celle qui a connu le jugement que celle qui en a ignoré l'existence, et l'on comprend que la première ait intérêt à cette nullité pour ne pas rester indéfiniment à la discrétion de l'autre partie, qui pourrait à son gré se prévaloir de la transaction ou en invoquer la nullité.

290. Non seulement l'ignorance d'un jugement, mais celle d'un titre décisif, constitue aussi une erreur grave, qui peut influer sur le sort de la transaction, pas au même degré pourtant que la production d'une pièce fausse.

Ainsi, lorsque la transaction est générale sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble, l'ignorance de quelques titres n'est pas réputée produire une erreur substantielle; par conséquent leur découverte ne suffit, pour la rescision, qu'autant qu'ils ont été retenus par le fait de l'une des parties; auquel cas il y a dol.

Au contraire, l'erreur est substantielle, et la transaction est

nulle, si elle n'a qu'un objet, et que les titres nouvellement découverts démontrent l'absence entière de droit pour l'une des parties. V. art. 2057; v. à ce sujet *Diocl. et Max.*, L. 19 et 29, Cod., *de transact.*

290 *bis*. I. L'article 2057 suppose des faits assez semblables à ceux sur lesquels statue l'article 2056. Il raisonne en vue d'une découverte, postérieure à la transaction, de pièces décisives constatant que l'une des parties n'avait aucun droit; à cette différence près qu'il ne s'agit pas de la découverte d'un jugement, les deux hypothèses se confondent, mais nous allons voir qu'elles ne doivent pas être réglées par les mêmes principes.

Des deux parties de l'article, la seconde seule fait apparaître nettement la solution de la loi, parce qu'elle traite d'un cas où la difficulté se présente dans toute sa pureté, sans mélange étranger d'une difficulté secondaire. Nous examinerons d'abord cette hypothèse; la transaction n'avait qu'un objet, et c'est sur cet objet qu'il a été découvert des titres décisifs établissant que l'une des parties était sans droit.

Dans ce cas, nous ne pouvons pas soutenir, comme nous l'avons fait sur l'article 2056, que la transaction manque d'objet, qu'il n'existait pas deux prétentions contraires; car si l'on peut dire cela quand un jugement, tenu par la loi pour la vérité même, ferme en quelque sorte à l'une des parties l'accès des tribunaux, il n'en est pas de même quand une des parties possède une pièce qu'on qualifie décisive, mais que l'autre peut toujours contester et sur laquelle il faudra bien que les juges décident. Il y a un procès possible, donc il y a matière à transaction. L'article 2057 ne peut pas prononcer en pareil cas une nullité absolue fondée sur l'absence d'objet. Il faut bien qu'il s'agisse de la nullité pour erreur, c'est-à-dire d'une annulabilité. L'erreur ici a bien les caractères exigés par l'article 1110. Elle porte sur la prétention de l'une des parties, et l'on peut dire qu'elle est substantielle, car une prétention appuyée sur un titre précis et régulier n'a plus, dans la pensée même de celui qui le produit, le caractère d'un droit douteux, litigieux; elle croyait avoir une chance, elle avait une certitude, un droit; voilà pourquoi l'on peut dire qu'en faisant un sacrifice pour consolider son droit, elle a agi sous l'influence d'une erreur sur la substance. Cette partie pourra donc seule demander la nullité, elle devra agir

dans le délai de dix ans, et elle pourra, si elle le veut, confirmer la transaction.

290 *bis*. II. Il ne faut pas trouver étrange le résultat auquel nous conduit l'étude séparée des divers cas de nullité énumérés par la loi; le Code n'a pas tenté une théorie, rien n'indique qu'il ait cherché à soumettre à une idée commune ses solutions, il examinait des hypothèses variées, il a bien pu les régler diversement. Il est vrai qu'il a employé le mot rescision dans deux articles, et que dans trois autres il a parlé de transactions nulles. Sur ces trois hypothèses il y en a deux où la nullité nous paraît absolue et une troisième où elle nous semble être une annulabilité, de même que des deux articles qui parlent de la rescision, il en est un qui, selon nous, consacre un cas de nullité absolue. La liberté que nous avons prise de traduire les expressions de la loi d'après les données que nous fournissaient les principes, nous paraît justifiée par les appréciations que nous rencontrons dans l'ouvrage de l'auteur qui a développé avec le plus d'énergie la doctrine qui voit dans tous les articles depuis 2053 jusqu'à 2057 l'énumération de cas d'annulabilité, ou pour parler comme la loi, de rescision. D'après cet auteur, « il n'y a qu'à lire un peu attentivement et d'un bout à « l'autre les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat « pour reconnaître que leurs idées sur la matière des nullités sont « souvent fausses, presque toujours mal digérées et confuses, et « qu'ils sont loin de s'accorder entre eux, soit avec eux-mêmes... « Ainsi, dans l'exposé des motifs, la transaction sur chose jugée est « d'abord considérée comme simplement entachée d'erreur, et « quelques lignes plus bas elle est déclarée manquer d'objet (1). »

290 *bis*. III. La première partie de l'article prévoit une hypothèse dans laquelle la production tardive d'un titre inconnu lors de la transaction n'entraînera pas la nullité. Les parties ont transigé sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble. Elles se considéraient comme étant en différend sur un grand nombre d'affaires, elles les ont terminées par un seul arrangement. Le titre découvert postérieurement n'est relatif qu'à l'une des affaires. Peut-on dire que l'erreur était substantielle? Non certes, car en faisant abstraction du litige tranché par le titre découvert, il reste encore plusieurs autres points litigieux, la nature de l'objet de la transaction ne

(1) M. Accarias, *Transactions*, n° 327.

change pas, il diminue d'importance, voilà tout; or, on n'a jamais considéré l'erreur sur l'importance de l'objet comme étant une erreur sur la substance.

La décision de l'article 2057, 1er alinéa, est fondée en réalité sur une interprétation de volonté, par conséquent on pourra l'appliquer toutes les fois que les parties auront transigé sur un ensemble d'affaires, sur plusieurs litiges, alors même qu'elles n'auraient pas compris dans leur convention toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble.

290 *bis*. IV. L'article réserve avec raison le cas où les pièces auraient été retenues par le fait de l'une des parties, alors il y aurait dol, et la transaction serait rescindable, d'après l'article 2053. Nous posons en règle que le cas prévu par l'article 2057 est un cas de dol, parce que cet article parle de pièces *retenues*. Or, cette expression implique bien l'idée d'un acte volontaire ou au moins conscient, et l'on peut bien dire que celui qui sciemment retient, c'est-à-dire conserve avec un soin jaloux la pièce décisive en faveur de son adversaire, commet un dol. S'il avait détenu inconsciemment cette pièce, on ne pourrait pas alléguer le dol, seulement il faut reconnaître que le fait de la détention fera facilement présumer la rétention, autrement dit que la partie devra prouver sa bonne foi en démontrant les circonstances qui établissent qu'elle ne savait pas posséder ce titre.

291. La simple erreur de calcul, lorsque les parties étaient d'accord sur les bases du traité, ne doit point suffire pour renverser l'œuvre de la volonté commune; seulement le résultat en étant faussé, il est juste de le rétablir. Aussi la loi veut-elle que cette erreur soit réparée. V. art. 2058; v. aussi C. Pr., art. 541; v. pourtant *Diocl. et Max.*, L. *un.*, Cod., *de err. calc.*

291 *bis*. I. L'erreur de calcul ne vicie pas la transaction, voilà la règle; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il apparaisse par la transaction elle-même que l'erreur résulte d'opérations arithmétiques mal faites, et qui ont par suite donné un résultat contraire aux dispositions mêmes de la transaction. *Exemple :* dans une transaction sur des droits héréditaires, il est dit que Pierre supportera un tiers des dettes et Paul deux tiers, puis on énumère les dettes déjà payées, qui se montent à 36,000 francs, d'où l'on conclut que

Pierre payera 9,000 francs et Paul 27,000. La disposition principale de la transaction est celle qui détermine la fraction mise à la charge de chaque héritier. L'autre n'en est que l'exécution. Or, il est clair qu'on s'est trompé dans l'exécution, et qu'on a divisé la somme à payer par 4 au lieu de la diviser par 3. Le fond de la transaction doit rester intact, le calcul seul est à refaire.

291 *bis*. II. Mais on ne pourrait pas revenir sur une transaction sous prétexte d'erreur de calcul, quand on ne trouverait pas dans la transaction même les bases du calcul dont la convention n'indiquerait que les résultats. *Exemple :* dans la même hypothèse, au lieu d'établir d'abord dans quelle proportion les dettes seront supportées, on aurait dit que les 36,000 francs payés par la succession seraient supportés par Pierre pour 9,000 francs et par Paul pour 27,000. Il serait inadmissible qu'on prétendît changer ces chiffres sous prétexte d'erreur de calcul. Comment pourrait-on savoir que les parties avaient voulu diviser la somme par 3 ? Il ne se produira sur ce point que des allégations d'où il résulterait peut-être que pendant les pourparlers précédant la transaction il avait été question de diviser en tiers, mais ces pourparlers pourraient avoir abouti au dernier moment, lors de la convention, à une division par quarts. La question ne se présente plus comme une simple question d'erreur arithmétique; on prétend qu'une erreur s'est produite sur la somme que chacune des parties s'engageait à payer, et cette erreur n'est pas une cause de rescision de la convention.

292. Observons, en terminant, que c'est à l'erreur sur l'objet de la transaction que nous ont paru se rattacher toutes les diverses causes de nullité énumérées dans les articles 2054-2057. Nous n'hésitons pas à en conclure, sans égard aux expressions différentes employées par la loi, qu'elle n'entend, dans aucun de ces cas, prononcer une nullité de plein droit, mais autoriser simplement une action en rescision (v. art. 1117, 2053).

292 *bis*. Cette dernière observation de M. Demante est le résumé de la doctrine qu'il a admise dans les numéros précédents, et que nous avons essayé de combattre.

TITRE SEIZIÈME.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

293. La contrainte par corps est une voie d'exécution, qui consiste dans l'emprisonnement du débiteur pour le forcer à s'acquitter.

La soumission à la contrainte par corps est, comme on voit, une manière d'assurer l'exécution des obligations; ce qui, à certains égards, rattache cette matière à celle du cautionnement, déjà expliquée, aussi bien qu'à celle du nantissement et à celle des privilèges et hypothèques, qui seront successivement traitées.

294. La contrainte par corps est un attentat à la liberté de la personne. Cette liberté est trop précieuse pour que la faculté d'y attenter ainsi doive être, comme celle de saisir les biens, accordée de droit commun aux créanciers. Bien plus, le respect du principe va jusqu'à faire considérer la volonté même du débiteur comme impuissante en soi pour le soumettre à cette rigueur. A la loi seule il appartenait d'apprécier les considérations d'intérêt public ou privé qui, réclamant pour certaines obligations un nerf tout spécial, pouvaient commander jusqu'à un certain point le sacrifice du premier des biens.

294 *bis*. I. Le Code civil avait énuméré les divers cas dans lesquels la contrainte par corps était admise en matière civile, et indiqué un certain nombre de règles sur l'exercice de cette voie rigoureuse de coercition. Une loi du 17 avril 1832, en modifiant sur certains points le Code civil, avait en outre réglementé la contrainte par corps en matière de commerce et en matière de deniers et effets mobiliers publics, elle avait aussi fixé les règles sur la contrainte par corps contre les étrangers, en admettant contre eux cette voie de rigueur en toutes matières, pourvu que la condamnation excédât 150 francs.

Une loi du 13 décembre 1848 avait apporté des tempéraments aux règles résultant du Code civil et de la loi de 1832.

Mais toute cette législation est aujourd'hui abrogée. La contrainte par corps a été abolie par la loi du 22 juillet 1867 en matière civile et commerciale. Elle n'est plus maintenant autorisée qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police.

294 *bis*. II. Cette abrogation rend inutile l'explication des dispositions du titre de la contrainte par corps au Code civil. Quant à la loi de 1867, ses principales règles appartiennent à la matière de la procédure ou au droit criminel.

Nous avons seulement à faire remarquer, parce que ceci tient par un côté au droit civil, que la contrainte par corps peut résulter des arrêts et jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice (art. 4 et 5), que la durée de la contrainte est fixée par la loi d'après l'importance de la somme due (art. 9), que les particuliers créanciers doivent pourvoir aux aliments des débiteurs détenus (art. 7), que le débiteur peut faire cesser la contrainte en fournissant une caution bonne et valable (art. 11), que le contrainte ne peut pas être exercée contre un débiteur au profit de son conjoint, de ses descendants ou ascendants, frères ou sœurs, oncles, tantes, grands-oncles, grand'tantes, neveux, nièces, petits-neveux ou petites-nièces, ni de ses alliés au même degré (art. 15).

TITRE DIX-SEPTIÈME.

DU NANTISSEMENT.

295. Comme le cautionnement et la contrainte par corps, le contrat de nantissement a pour but d'assurer l'exécution d'une obligation. La sûreté consiste ici dans la remise d'une chose en la possession du créancier. Cette remise, qui a pour effet d'affecter, diversement suivant les cas, la chose au paiement de la dette, est naturellement supposée devoir être faite par le débiteur lui-même. V. art. 2071; v. au surplus art. 2077 et 2090.

On aperçoit par ce simple exposé que le contrat de nantissement est *réel,* aussi bien que le prêt et le dépôt. Comme eux, il ne produit qu'une obligation principale, celle du créancier, qui, en recevant la chose, s'engage à la restituer après le paiement ou à rendre compte de son emploi. C'est donc un contrat unilatéral dans le sens du Code civil. Toutefois il emporte aussi pour celui qui livre la chose des obligations implicites, et peut en faire naître d'incidentes qui lui donnent le caractère de synallagmatique imparfait. Le nantissement, du reste, diffère essentiellement du prêt et du dépôt par le but de la remise, qui en fait évidemment un contrat intéressé de part et d'autre.

Les meubles et les immeubles peuvent être l'objet du nantissement; la loi appelle *gage* le nantissement des choses mobilières, et *antichrèse* celui des choses immobilières. V. art. 2072.

295 *bis*. I. Pothier donne la définition suivante du contrat de nantissement : un contrat par lequel un débiteur, ou un autre pour lui, donne au créancier une chose pour la détenir par devers lui pour la sûreté de sa créance, et le créancier s'oblige de la lui rendre, après que sa créance aura été acquittée (1).

(1) V. Pothier, *Contrat de nantissement.*

Dans cette définition, Pothier met en relief cette idée que celui qui constitue le nantissement peut être un tiers qui cherche à rendre service au débiteur en lui procurant du crédit; de plus, il précise l'avantage que le créancier retire quand on lui donne, ou mieux quand on lui remet une chose en nantissement. Ce créancier acquiert le droit de la *détenir* pour la sûreté de sa créance et de ne la rendre qu'après l'acquittement de l'obligation. C'est en quoi la remise de la chose procure une sûreté au créancier, parce que le propriétaire, privé de la jouissance de sa chose, ne pouvant pas l'aliéner facilement et dans de bonnes conditions, a intérêt à l'extinction de la dette; si ce propriétaire est le débiteur lui-même, ce qui est le cas le plus fréquent, il résulte de la privation de sa chose une sorte de contrainte qui le détermine à payer; si le nantissement a été fourni par un tiers, celui-ci usera certainement de l'influence que lui donne le service rendu pour pousser le débiteur au paiement. De plus, comme il aura d'ordinaire fait le contrat de nantissement sur la demande du débiteur, il aura comme mandataire l'action *mandati contraria* pour le contraindre à payer, quand on pourra raisonnablement supposer qu'on est arrivé à l'époque où le mandataire avait entendu qu'il rentrerait en possession de la chose donnée en nantissement.

295 *bis*. II. Le nantissement étant un contrat ne peut naître sans une convention, mais par le but que se propose le créancier, par l'utilité qu'il espère retirer de la privation de jouissance imposée au débiteur, comme aussi par le caractère de l'obligation de ce créancier, obligation de *restituer,* ce contrat ne se formera pas *nudo consensu*. La mise en possession du créancier est essentielle : le contrat est donc *réel,* comme le prêt, comme le dépôt, en ce sens que la convention est impuissante à produire les conséquences de fait sans lesquelles il n'y a pas de nantissement. On pourra bien faire valablement une promesse de nantissement, mais cette promesse ne donne pas au créancier la détention qui fait sa sûreté et ne l'oblige certes pas à rendre ce qu'il n'a pas reçu. C'est pour montrer le caractère réel du contrat que le Code a écrit : le nantissement est un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose; c'est un contrat, donc il faut un accord de volonté, mais il faut qu'avec la convention coïncide un fait matériel, la remise de la chose.

295 *bis*. III. La notion du nantissement telle que nous venons

de la donner est assez peu précise pour embrasser deux contrats bien différents l'un de l'autre, le gage et l'antichrèse.

Le gage est un nantissement qui, à l'avantage de la détention, joint le droit pour le créancier d'être payé sur le prix de l'objet par préférence à tous autres créanciers.

L'antichrèse, autre contrat de nantissement, ne donne pas de droit de préférence sur le prix de vente, mais elle donne au créancier le droit de percevoir les fruits de la chose et de les imputer sur les intérêts et le capital de sa créance, sauf à restituer la chose quand ces imputations successives auront éteint complétement la dette.

295 *bis*. IV. D'après l'article 2072, le gage est le nantissement des meubles et l'antichrèse le nantissement des immeubles. Ceci est plutôt la constatation d'un fait de pratique que l'établissement d'une règle restrictive.

Les conventions sont libres; comment donc et pourquoi interdire le contrat qui, sans donner au créancier qui a reçu un meuble en nantissement, un droit de préférence sur le prix, lui permettrait de profiter des fruits de la chose, si elle en produit, et de les imputer sur sa créance? La loi n'a pas prévu cette convention, parce que les meubles ne sont pas ordinairement frugifères; mais on ne comprendrait pas que celui qui peut donner un droit de préférence sur un bien, ou créer sur ce bien un droit réel de jouissance, à titre d'usage ou d'usufruit, ne pût pas constituer un droit souvent moins important. Le Code, au reste, présume une convention semblable quand la chose donnée en gage est une créance produisant des intérêts (art. 2081), et Pothier généralisait cette idée en l'appliquant au gage ayant pour objet tout meuble frugifère (1). Nous n'irons pas si loin que Pothier sur ce point, le Code n'ayant pas reproduit sa doctrine, mais nous pouvons nous appuyer sur sa décision pour autoriser une convention formelle qui donnerait ce droit au créancier.

295 *bis*. V. Nous ferons une observation en ce qui concerne le gage. La convention pourrait créer un droit de gage proprement dit sur un immeuble. Seulement le droit du créancier sera nécessairement fort restreint, à cause des règles un peu strictes qui régissent les droits sur les immeubles. Certes, dans les rapports entre le créancier et le débiteur, il n'y a pas de raison pour

(1) V. Pothier, *Nantissement*, n° 36.

interdire la convention qui mettrait le créancier en possession de l'immeuble afin que le débiteur fût privé de la jouissance jusqu'au paiement. Mais ce qui ne pourra pas résulter de cette convention, ce sera le droit d'être payé sur le prix avant les autres créances, parce que le droit de préférence sur les immeubles ne peut exister que comme hypothèque ou comme privilège. Comme hypothèque, il est soumis à des conditions de forme dans sa constitution et de conservation que nous ne supposons pas remplies. Comme privilège, il est impossible, parce que les privilèges sont déterminés limitativement par la loi, et que le gagiste n'a reçu de privilège que dans l'article 2102, qui énumère les privilèges sur les meubles.

295 *bis*. VI. Reste la question de rétention. Ce droit pourra-t-il être invoqué à l'égard des tiers, créanciers ou acquéreurs? Nous voyons bien dans la loi des cas où certaines personnes ont le droit de rétention et peuvent le faire valoir *ergo omnes*. Mais ce droit est alors fondé sur des dispositions plus ou moins expresses de la loi. Il s'agirait ici d'un droit conventionnel, et il nous paraît certain qu'un droit conventionnel si préjudiciable aux tiers ne peut s'exercer à leur égard en dehors des conditions de publicité auxquelles la loi assujettit les droits réels sur les immeubles. Mais à cela près, nous ne pensons pas qu'on puisse gêner la liberté de la convention quant à la création de ce droit. Ce n'est en réalité qu'un diminutif de l'antichrèse; l'antichrésiste a la détention et les fruits, le créancier dont nous parlons aurait la détention sans les fruits, le plus ordinairement en fait, l'immeuble, objet d'une telle convention, sera improductif. Le créancier devra donc être traité comme un créancier antichrésiste, c'est-à-dire que moyennant qu'il aura fait transcrire son titre conformément à la loi de 1855 (art. 2), il pourra exercer son droit *ergo omnes*. Bien plus, il pourra, alors même qu'il n'aura pas fait transcrire, opposer son droit à tout tiers qui ne sera pas protégé par l'article 3 de la loi de 1855.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

296. La loi s'occupe ici du gage sous deux points de vue bien distincts : 1° sous le rapport du droit du créancier sur la

chose qui lui est remise en nantissement (art. 2073-2079); 2° sous le rapport des obligations ou engagements qui naissent directement, ou qui résultent incidemment, du contrat formé par cette remise (art. 2080-2083).

SECTION I.

Du droit de gage.

297. *Lato sensu*, le droit de gage consiste dans l'affectation d'une chose au paiement d'une dette, en telle sorte que le créancier puisse, pour obtenir son paiement, la faire vendre et s'en attribuer le prix jusqu'à due concurrence. Sous ce rapport, tous les biens du débiteur sont le gage de tous ses créanciers, tant qu'ils continuent à lui appartenir (v. art. 2092, 2093).

Dans un sens plus exact, le droit de gage consiste dans une affectation spéciale et entière qui survivrait à l'aliénation de la chose, et qui non-seulement autorise le créancier à la faire vendre, mais qui lui confère le droit d'être payé sur le prix, par préférence aux autres créanciers du même débiteur.

Ce droit qui, originairement à Rome, ne pouvait résulter que de la tradition constitutive du contrat de gage, put dans la suite être conféré par la simple convention d'hypothèque. Il s'établissait même dans certains cas par la seule autorité de la loi ou par celle du Préteur.

Le même droit existe chez nous, soit sous le nom spécial de gage, par suite du contrat de nantissement, quand ce contrat a pour objet une chose mobilière, soit sous le nom de privilège ou d'hypothèque.

298. Cela posé, il est bien entendu que le contrat de gage confère au créancier, sur la chose qui en est l'objet, le droit de gage proprement dit, par conséquent le droit d'être payé par préférence aux autres créanciers. Cette cause de préférence, essentiellement différente dans son principe des véritables privilèges (v. art. 2095), reçoit cependant de la loi elle-

même la qualification de privilège, parce que son résultat est le même. V. art. 2073; v. aussi art. 2102-2°.

298 *bis*. Il faut remarquer que le droit de gage tel qu'il est organisé par le Code civil et qui s'applique seulement aux meubles, confère au créancier le droit de préférence, mais qu'il est subordonné à la possession du meuble par le créancier, en sorte que, si cette possession cessait et si le meuble était aliéné par le débiteur, le créancier perdrait son droit, car son droit ne comprend pas le droit de suite. C'est une règle générale posée en matière de meubles par l'article 2119. C'est pourquoi M. Demante, dans le n° 297, a présenté sous une forme conditionnelle la survie possible du droit de gage au cas d'aliénation. Il ne s'occupait pas encore du droit de gage réglementé par le Code civil, il examinait le droit de gage au point de vue purement théorique, et il constatait qu'on peut concevoir un droit de gage sur les meubles survivant à l'aliénation, il rappelait sur ce point le droit romain, qui admettait la revendication des meubles en principe et qui, par l'action *quasi servienne* ou hypothécaire, donnait un droit de suite aussi bien sur les meubles que sur les immeubles.

299. Le gage, considéré comme contrat, sous le rapport des engagements qu'il produit entre les contractants, ne peut être assujetti à aucune forme particulière; mais la constitution du droit de gage intéresse les tiers, qui seraient facilement fraudés si l'on pouvait les tromper sur le fait même de la constitution, sur son époque, sur le montant de la créance privilégiée, ou sur l'identité des objets affectés au paiement. La loi pourvoit à ce danger en exigeant comme condition de l'existence du privilige :

1° La rédaction d'un acte par écrit;

2° L'authenticité de cet acte, ou du moins son enregistrement;

3° La déclaration dans l'acte de la somme due;

4° La désignation, également dans l'acte, de l'espèce et de la nature des choses remises en gage. Que si ces choses ne sont pas des corps certains et déterminés, la désignation doit consister dans un état des qualité, poids et mesure : cet état, s'il n'est pas compris dans le corps de l'acte, doit au moins y

être annexé. V. art. 2074, al. 1; et à ce sujet, Ordonn. de 1673, tit. 6, art. 8 et 9.

299 *bis*. I. Le contrat de gage, en tant qu'il peut produire des effets entre les deux parties seulement, n'est soumis à aucune règle particulière concernant la preuve. Il peut être prouvé par l'aveu, par le serment décisoire ou le refus de serment, enfin par la preuve testimoniale lorsque l'objet engagé n'a pas une valeur supérieure à 150 francs, et dans les hypothèses exceptionnelles des articles 1347 et 1348.

L'acte écrit, quand il en a été dressé un, peut être sous seing privé, il n'a pas besoin d'être enregistré. En somme, il ne s'agit que d'établir contre chacune des parties l'existence des obligations qu'elle a contractées, ces obligations sont prouvées conformément aux règles ordinaires.

L'écrit sous seing privé peut même, en vertu de ces règles ordinaires, avoir été rédigé en un simple original; l'article 1325 ne lui est pas applicable, car le contrat de gage n'est pas un véritable contrat synallagmatique, il n'engendre tout d'abord qu'une seule obligation, celle de restituer à la charge du créancier, les obligations du débiteur envers le créancier gagiste ont un caractère accidentel, elles dérivent de faits postérieurs au contrat; le gage est donc un contrat synallagmatique imparfait, le débiteur gagiste a, dès l'abord, seul intérêt à posséder une preuve de la convention (1).

299 *bis*. II. Le Code a sous-entendu toutes ces règles, qui sont écrites dans le titre des contrats. Il ne s'occupe de la preuve du contrat de gage qu'en tant que ce contrat engendre un droit réel, par conséquent met le créancier gagiste en conflit avec les tiers. Il restreint en effet la portée de son article 2074, en commençant par dire que le but de cet article est de régler non pas les conditions d'exercice du droit de gage envisagé sous toutes ses faces, mais les conditions d'exercice du privilège, c'est-à-dire du droit de préférence en vertu duquel le créancier est payé sur le prix de l'objet engagé avant tous les autres créanciers.

Il ne faut pas que les créanciers d'une personne soient primés par un d'entre eux qui n'aurait pas exigé de gage lors de la naissance de son droit, mais qui, voyant venir l'insolvabilité du débiteur commun, profiterait des embarras de celui-ci pour obtenir de lui

(1) V. t. V, n° 288 *bis*. VIII.

un droit de préférence n'ayant pas d'autre raison d'être que la faiblesse ou la faveur du débiteur.

300. Quoi qu'il en soit, les motifs qui dispensent en général de passer un acte pour choses qui n'excèdent pas la somme ou valeur de cent cinquante francs (v. art. 1341), étant également applicables ici, c'est uniquement en matière excédant cette valeur, que la loi prescrit la rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement. V. art. 2074, al. dern. Au-dessous de cette valeur, il est clair que la constitution et l'étendue du privilège pourront s'établir par témoins ou par présomptions.

300 *bis*. I. Ces conditions, au reste, ne sont exigées qu'en matière excédant 150 francs. C'est ce qu'a décidé le 2e aliéna de l'article, qui signifie certainement que, lorsqu'il s'agit d'une valeur inférieure à ce chiffre, le contrat pourra être prouvé, même au regard des tiers, et en ce qui concerne le privilège, par tous les moyens qu'autorisent les dispositions générales du chapitre des preuves.

L'écrit, cependant, s'il en avait été dressé un, n'aurait pas date certaine à l'égard des tiers, et la sincérité de sa date devrait être prouvée par le créancier gagiste; les règles générales conduisent à ce résultat, car jamais un acte sous seing privé ne fait foi de sa date à l'égard des tiers, alors même qu'il s'agit d'une valeur qui n'est pas supérieure à 150 francs. Quand l'article 2074 parle des conventions en matière n'excédant pas 150 francs, il dit seulement qu'il n'est pas nécessaire pour qu'elles soient prouvées, qu'elles aient été rédigées par écrit et enregistrées, mais il n'établit pas que l'enregistrement soit indifférent, quand le contrat est prouvé par écrit, c'est-à-dire qu'il oppose le cas où la double formalité requise par l'article 1er alinéa a été remplie et le cas où elle ne l'a pas été; mais rien n'indique qu'à partir de 150 francs et au-dessous il se contente de l'une des formalités sans l'autre. Toute la portée de l'article est celle-ci : la double formalité est requise au-dessus de 150 francs. Au-dessous, comment se fait la preuve? La loi est muette, donc ce sont les règles générales qu'il faut appliquer.

300 *bis*. II. Il y a un point obscur dans l'article 2074; quel est l'objet dont la valeur doit être considérée pour savoir si elle dépasse ou non 150 francs? Est-ce l'objet donné en gage? est-ce la somme due pour la garantie de laquelle le gage est donné? Au premier

abord, il semble que le gage étant donné par un contrat particulier, l'objet de ce contrat, c'est la chose engagée, et que de la valeur de cette chose doit dépendre le genre de preuve admise par la loi. Il est ainsi, certainement, quand cet objet engagé a une valeur inférieure au chiffre de la dette. Il est clair qu'alors l'intérêt des parties dans le contrat du gage ne dépasse pas la valeur du gage lui-même, et que les tiers, à l'encontre de qui s'exercera le privilège, n'ont pas un intérêt supérieur à la valeur de ce gage. Mais le contraire est possible, la chose engagée vaut 200 francs, et la créance n'est que de 140 francs. Si la règle de l'article 2074 était applicable dans les rapports du créancier gagiste et du débiteur, il faudrait tenir compte de l'objet de l'obligation née du contrat de gage; or, cette obligation est celle de restituer qui pèse sur le créancier, elle a pour objet la chose engagée, soit 200 francs, donc il faudrait exiger l'écrit enregistré. Mais si l'on regarde de près l'espèce, on s'aperçoit que l'intérêt engagé entre le créancier gagiste et les tiers n'est que de 140 francs. Il s'agit du droit de préférence du gagiste, il veut l'exercer contre d'autres créanciers; qu'importe que le gage vaille 200 francs ? le gagiste n'aura jamais privilège que pour sa créance, soit 140 francs, donc il se trouve dans l'hypothèse prévue par l'article 2074, 2e alinéa. Les termes de cet article sont assez vagues, *en matière excédant la valeur de* 150 *francs,* pour qu'on puisse prêter au législateur l'intention de laisser aux juges toute latitude pour tenir compte, suivant les espèces, de la valeur de la chose engagée ou de celle de l'objet dû.

300 *bis*. III. La restriction contenue dans le 2e aliéna de l'article a paru à quelques-uns établir l'identité entre la règle de l'article 2074 1° et celle de l'article 1341, d'où il résulterait que l'article 2074 devrait subir toutes les exceptions que subit l'article 1341, preuve par témoins au cas des articles 1347 et 1348, enregistrement remplacé par les autres événements que prévoit l'article 1328.

Ces décisions s'appuient sur un raisonnement qui nous paraît vicieux; car on conclut de l'identité d'exception à l'identité de règle; or, on peut très-bien comprendre que des règles analogues subissent la même exception sans être pour cela la même règle, c'est-à-dire sans se ressembler absolument dans tous leurs détails.

300 *bis*. IV. Or, nous sommes en présence de deux règles que la loi formule de deux manières absolument différentes. Dans l'article 1341, il s'agit de savoir quand la preuve testimoniale sera admise, on éta-

blit que, dans certains cas, il doit être passé acte, et la sanction donnée à cette obligation, c'est le refus du droit de prouver par témoins; comme la sanction est restreinte à ce déni de la preuve testimoniale, beaucoup d'autres preuves, notamment l'aveu et le serment, peuvent être employées. Dans l'article 2074, c'est l'existence même du droit, du privilège, qui est subordonnée à la rédaction de l'acte et à son enregistrement. Voilà une différence capitale entre les deux dispositions; que toutes deux subissent exception pour les matières qui n'excèdent pas 150 francs, il n'y a rien d'étonnant, puisque, dans un cas comme dans l'autre, le législateur peut juger la rédaction d'un écrit trop coûteuse. Les deux règles se ressemblent en cela, mais elles n'en diffèrent pas moins grandement entre elles. Dès lors, on comprend que celle des règles (art. 1341) qui n'exclut pas les preuves autres que la preuve testimoniale admette exceptionnellement cette preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve; mais ce n'est pas une raison pour être aussi tolérant quand il s'agit d'une disposition bien plus énergiquement sanctionnée (art. 2074).

301. Le gage peut avoir pour objet même des meubles incorporels. Dans ce cas encore, la loi prescrit, comme de raison, l'acte écrit et l'enregistrement; mais, en outre, l'analogie qui existe entre le droit du gagiste et celui d'un cessionnaire fait exiger, comme au cas de transport-cession, la signification au débiteur. V. art. 2075, et à ce sujet article 1690.

301 *bis*. I. Les créances et autres choses mobilières incorporelles pouvant être données en gage, il n'y avait pas de raison pour ne pas soumettre la preuve du contrat de gage aux conditions de l'article 2074. La loi semble même aller plus loin, car elle demande un acte public ou sous seing privé enregistré, sans distinguer s'il s'agit de 150 francs ou d'une somme supérieure. Telle doit être, en effet, la pensée du législateur, car il avait présent à l'esprit ce qu'il avait écrit dans l'article voisin, et ce n'est pas par omission qu'il n'a pas indiqué l'exception comprise dans cet article. Il a d'ailleurs rapproché de la formalité de l'écrit celle de la notification qui n'est certainement pas soumise à la distinction fondée sur la valeur de l'objet, et il est difficile d'admettre que, traitant de deux formalités dans la même phrase, il les ait soumises à deux régimes différents. On aperçoit d'ailleurs aisément pourquoi l'article 2075

ne pouvait pas reproduire la distinction finale de l'article 2074. Le Code songeait à l'engagement des créances, il soumettait cet acte à la nécessité d'une signification, c'est-à-dire à la règle de l'article 1690; or, ce dernier article dérive de la coutume de Paris (art. 108) qui disait : *Il faut signifier le transport à la partie et en bailler copie.* Pour donner copie d'un acte, il faut que cet acte soit écrit. Il est vrai que peut-être l'article 1690 n'exige pas qu'il soit baillé copie (1), mais les rédacteurs de l'article 2075 ont pu songer à la règle ancienne appliquée ordinairement par la pratique moderne, et ne pas croire qu'il fût possible de signifier un acte juridique sans donner copie d'un écrit qui en contînt la constatation.

301 *bis.* II. La première formule de l'article est générale, elle vise tous les meubles incorporels, puis survient un exemple, on parle des créances, et la fin de l'article, c'est-à-dire la règle de procédure, ne vise plus que les créances, puisqu'elle parle du débiteur de la créance donnée en gage. Tous les droits mobiliers ne sont cependant pas des créances, et quand nous supposerons la mise en gage d'un de ces droits qui ne sont pas des créances, nous aurons peine à trouver la personne à qui doit être faite la signification, car, quand il n'y a pas de créance, il n'y a pas de débiteur. L'objet du contrat de gage peut être, en effet, l'usufruit d'un meuble, ce peut être une part dans une société civile, si l'on admet que l'article 529 s'applique ces sociétés, ce peut être les droits d'un héritier dans une succession ouverte et qui ne comprend que des meubles. Dans toutes ces hypothèses, on voit bien qu'il sera nécessaire et possible de rédiger un acte public ou sous seing privé enregistré, mais il n'y a personne qui soit désigné par la loi pour recevoir une signification. Nous dirons que la signification n'est pas nécessaire, car, d'après la construction de l'article 2075, on peut admettre qu'il comprend une partie générale et une partie spéciale; la partie générale est celle où ne se trouve pas le mot créance; elle est ainsi composée : *Le privilège ne s'établit sur les meubles incorporels que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré.* La partie spéciale se compose des mots : *Tels que les créances mobilières*, et elle se complète par cette fin de l'article : *et signifié au débiteur de la créance donnée en gage :* c'est-à-dire qu'on a d'abord établi une règle pour tous les actes, en y comprenant les engagements de créances, et

(1) V. t. VII, n° 136 *bis*, II.

qu'on termine par cette idée : il faut en plus, quand l'objet du contrat est une créance, que l'acte soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

301 *bis*. III. En constatant le lien qui rattache l'article 2075 à l'article 1690, nous avons en quelque sorte décidé d'avance que le contrat d'engagement d'une créance pourrait être complété par une acceptation authentique du débiteur cédé, aussi bien que par une signification à ce débiteur. Les deux formalités se valent aux termes de l'article, et s'il en est une qui atteint mieux que l'autre le but que le législateur s'est proposé, c'est l'acceptation qui ne laisse aucun doute sur la parfaite connaissance que le débiteur a eue de l'acte dont il faut qu'il soit prévenu.

301 *bis*. IV. Quand nous avons cité des droits mobiliers qui ne sont pas des créances et qui cependant peuvent être l'objet d'un contrat de gage, nous sommes volontairement resté sur le terrain du droit civil. Il y a certains droits qui ont un caractère commercial, il y a certains contrats de gage qui ont aussi ce caractère; nous devons quant à ces droits et à ces contrats renvoyer à l'article 92 du Code de commerce (l. du 23 mai 1863), auquel le Code civil renvoie dans l'article 2084.

301 *bis*. V. L'effet de l'engagement d'une créance est tout d'abord d'empêcher le créancier qui l'a engagée d'en toucher le montant. S'il n'en était pas ainsi, le contrat ne donnerait aucune sûreté au créancier, et c'est particulièrement pour mettre obstacle à tout paiement à faire par le débiteur de la créance engagée à son créancier, que l'article 1690 est appliqué à la matière du gage.

Mais il ne résulte pas du contrat de gage que le créancier gagiste est substitué au débiteur gagiste, et qu'il peut toucher directement le montant de la dette. L'article 2081 l'autorise bien à toucher les intérêts, mais il n'autorise pas davantage, et il nous semble que le Code a dû considérer l'encaissement de la somme due par le créancier gagiste, sans formalité de justice, comme ayant une grande analogie avec l'appropriation du gage corporel qu'il a absolument interdite même en présence d'une convention formelle.

Le droit du créancier gagiste restera donc ce qu'il est en règle générale : il pourra faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères (art. 2078).

301 *bis*. VI. C'est en cela seulement que consistera le droit du créancier qui aura reçu en gage un autre droit mobilier, car il ne peut être question de lui attribuer les fruits que ce droit peut produire, puisque l'article 2081 ne parle que des créances et des intérêts de ces créances.

302. Dans tous les cas, pour que les tiers qui traiteraient avec le débiteur ne soient point trompés sur l'existence du privilège, il est nécessaire que la chose mobilière qui en est l'objet ne demeure pes en la possession de celui-ci. Non-seulement donc ce privilège, qui n'est qu'une suite du contrat réel de nantissement, n'existera pas sans tradition, c'est-à-dire, sans mise en possession, mais il ne se conservera pas si la chose ne reste en la possession de celui qui l'a reçue. Cependant la loi n'exige pas absolument que ce soit le créancier lui-même qui possède ; son but est également rempli lorsque le gage a été mis et est resté en la possession d'un tiers convenu entre les parties. V. art. 2076.

302 *bis*. I. La possession du gage par le créancier ou par un tiers accepté par les parties est une condition essentielle du contrat de gage. D'abord, entre les parties, le gage perdrait son principal intérêt si le débiteur conservait la possession de la chose engagée. La privation de la détention de la chose est le fait qui donne au débiteur intérêt à acquitter l'obligation, soit qu'il ait besoin de se servir de cette chose, soit qu'il songe à une aliénation qui ne sera guère possible en fait, s'il n'est pas à même d'en faire la livraison à un acquéreur. Pour le créancier gagiste, le gage serait une garantie illusoire, si le débiteur resté en possession pouvait faire disparaître l'objet, soit en le détruisant, soit en l'aliénant au profit de tiers que leur bonne foi présumée protégerait en vertu de l'article 2279.

302 *bis*. II. Il est vrai qu'une convention contraire pourrait avoir lieu, elle n'est pas interdite, mais alors le contrat sera plutôt une promesse de gage qu'un contrat de gage. De même on peut concevoir que la tradition ayant eu lieu, le créancier consente à rendre la chose au débiteur sans cependant détruire absolument le contrat de gage. Dans ces deux hypothèses, il faut supposer qu'il a été stipulé un terme exprès ou tacite pour la restitution de la détention au créancier gagiste, sinon le contrat serait véritablement annihilé. En

effet, nous verrons bientôt que le privilège est perdu quand le créancier a perdu la possession, et quant aux rapports des parties entre elles, comme tout l'avantage que le créancier peut retirer du gage, c'est d'agir sur le débiteur en le privant de sa chose ou d'empêcher des aliénations préjudiciables, si le créancier a renoncé pour toujours à la possession, il a consenti à anéantir absolument la convention de gage.

302 *bis*. III. C'est dans les rapports avec les tiers que le Code a envisagé l'utilité de la possession du gage par le créancier gagiste. L'article 2076 s'exprime comme l'article 2074, il examine dans quel cas le *privilège* subsiste; or la question de privilège ne s'agite pas entre les contractants, mais entre le créancier gagiste et les tiers.

Ces tiers, ce sont d'abord les autres créanciers du débiteur qui a donné le gage, et c'est tout particulièrement dans leur intérêt que la remise matérielle du gage au créancier a été exigée. La dépossession du débiteur joue le rôle d'une formalité de publicité; elle avertit les tiers qui veulent traiter avec le débiteur ou qui ont déjà traité avec lui avant le contrat de gage, qu'il ne faut pas, ou qu'il ne faut plus compter sur la valeur de la chose, comme faisant partie du gage commun et imparfait qui appartient à tous les créanciers sur l'ensemble des biens de leur débiteur (art. 2093).

302 *bis*. IV. Les tiers pourraient être aussi des acquéreurs, des acheteurs, par exemple, qui voudraient traiter avec le débiteur gagiste, ils ne pourraient pas espérer sérieusement acquérir la propriété de l'objet, puisque le vendeur ne le détient pas et que très-ordinairement, s'il ne le détient pas, c'est qu'il l'a vendu et livré à un autre, double fait qui détruit par avance le droit d'un second acheteur. Si l'acheteur sait qu'il n'a pas été fait une vente de la chose, ce ne peut être que parce qu'il a connaissance du contrat du gage, et alors il ne peut pas se plaindre qu'on s'oblige à respecter le droit du gagiste, moins préjudiciable pour lui que ne l'aurait été celui d'un acheteur antérieur; nous pouvons donc dire que la dépossession du débiteur gagiste est nécessaire pour prévenir de futurs acheteurs, comme elle l'est pour avertir de futurs créanciers (1).

302 *bis*. V. La condition de possession du gage par le créancier ne peut être exigée qu'autant que la chose engagée est une chose corporelle. Les droits, en effet, choses incorporelles, ne peuvent pas

(1) V. C. C., 19 mars 1878. Sirey, 1878, I, 261. C. C., 11 mars 1879. Sirey, 1880, I, 53. C. C., 23 décembre 1879. Sirey, 1881, I, 149.

être l'objet d'une tradition, ou comme dit l'article, d'une mise en possession. Nous admettons bien, dans le droit actuel, la possession d'un droit consistant dans son exercice (art. 2228), mais cette manière de posséder n'est pas à la portée du créancier gagiste, puisqu'il n'a pas le droit d'exercer le droit engagé. La possession dont parle l'article 2076, c'est la détention matérielle, or comment détenir matériellement une chose immatérielle? C'est un point reconnu par tous les jurisconsultes que la possession d'une créance *per se,* c'est-à-dire isolément, ne peut pas se concevoir, et notamment que la détention matérielle des titres de créance n'est pas la possession de la créance. Or que dit l'article 2076? que le *gage* doit avoir été mis en la possession du créancier. Est-ce que le titre prouvant la créance est le gage? engage-t-on la feuille de papier écrit que nous appelons un titre? engage-t-on la créance chose incorporelle? Si le papier n'est pas l'objet du droit de gage, comment peut-on dire que l'article 2076 exige la remise de ce papier au créancier, alors qu'il ne parle que de la remise du gage? Le texte donc, malgré sa généralité apparente, ne comprend que les choses dont la nature ne répugne pas à son application. S'il avait voulu la remise des titres, il s'en serait expliqué comme il le fait dans l'article 1689. Mais l'article 1689 règle les rapports d'un acheteur et d'un vendeur, et il établit que le vendeur doit livrer à l'acheteur tous les accessoires de la chose. Dans l'article 1690 au contraire, qui regarde les tiers, on ne voit pas qu'il soit nécessaire que l'acheteur ait reçu les titres, il suffit qu'il les signifie. Or, l'article 2074 est une application de l'article 1690, d'où il résulte que la signification doit suffire à ensaisiner le gagiste à l'égard des tiers, comme elle suffit à ensaisiner le cessionnaire à l'égard des mêmes tiers.

Pourquoi donc, du reste, exiger la remise des titres au gagiste? Dans son intérêt, nous le comprenons; mais l'article que nous étudions n'envisage que l'exercice du droit de privilège. Les tiers ont-ils intérêt? Dans le cas prévu certainement par l'article, la dépossession du débiteur prévient les tiers, il n'y a pas d'autre publicité donnée à l'engagement; mais quand l'objet engagé est une créance, la loi a organisé un moyen de publicité préférable (art. 2074). Les tiers, en se renseignant auprès du débiteur de la créance engagée, connaîtront le contrat de gage, et comme ils ont tout intérêt à prendre des informations par crainte même des cessions possibles, il n'est pas besoin d'exiger une prétendue mise en posses-

sion du gage qui aurait pour objet toute autre chose que le gage. L'engagement d'une créance ne saurait être soumise à plus de formalités que la cession, tout aussi dangereux pour les tiers qui traitent avec le cédant.

302 *bis*. VI. Nous devons cependant reconnaître la force d'une objection de texte qu'on élève contre notre décision. L'article 2076 commence par ces mots : *Dans tous les cas,* qui paraissent se référer à toutes les hypothèses prévues par les deux articles précédents et par conséquent soumettre le cas de l'article 2075 à la règle de l'article 2076. Cette objection ne nous a pas arrêté parce que, pour que la règle de l'article 2076 soit applicable à un certain cas, il faut avant tout qu'il n'y ait pas impossibilité de l'appliquer; en outre, à un texte, nous en opposons un autre : ce que l'article 2076 exige, c'est que le gage soit mis en possession du créancier; or, on discute non pas sur le gage, mais sur l'écrit qui constate l'engagement; donc l'article 2076, par ses termes, met l'hypothèse que nous examinons en dehors des cas dont il parle dans sa première ligne. Il reste malgré cela des cas divers auxquels l'article a dû vouloir faire allusion par les expressions qui donnent naissance à la difficulté. Il a voulu dire que la remise du gage était nécessaire, soit en matière excédant 150 francs, soit en matière n'excédant pas cette somme. C'est-à-dire qu'il a fait allusion aux distinctions faites par l'article 2074, et qu'il a voulu les proscrire en ce qui touche la règle sur la possession du gage.

302 *bis*. VII. Quand le droit engagé ne sera pas une créance, nous trouvons la même difficulté d'appliquer l'article qui exige la livraison du droit lui-même, mais il devient difficile de justifier le législateur qui n'impose pas la livraison des titres, parce que l'article 2075 n'étant pas applicable, les tiers ne sont pas prévenus. Mais nous ferons observer que ces tiers sont également menacés par des actes d'aliénation, et que si la loi ne s'est pas préoccupée de la publicité à donner aux actes de disposition de ces droits, c'est que ces droits sont assez rares, que leur aliénation, et surtout leur mise en gage, ne sont pas des opérations d'une pratique usuelle, et que la loi ne s'inquiète pas toujours de prévenir des dangers qui ne se présentent pas souvent.

302 *bis*. VIII. Le gage doit être resté en la possession du créancier, cela signifie simplement que si ce créancier l'a remis au débiteur volontairement, il a renoncé au droit de préférence qu'il a sur

l'objet engagé. D'abord, cette restitution du gage peut être une renonciation complète au bénéfice du contrat, même dans les rapports avec le débiteur; mais alors même qu'elle n'impliquerait pas cette renonciation, si par exemple le créancier avait prêté la chose au débiteur pour un certain temps déterminé, le privilège serait perdu. Les tiers, en effet, auraient eu juste sujet de croire que l'objet détenu par son propriétaire n'était pas ou n'était plus engagé, ce qui n'empêcherait pas le débiteur d'être tenu, en vertu de l'ancien contrat et en vertu de la convention de quasi-commodat faite avec le créancier, de remettre la chose entre les mains de celui-ci. Lors de cette restitution de gage au créancier, il nous paraît même que pour faire revivre le droit de préférence il faudrait rédiger un nouvel acte conformément à l'article 2074; car au point de vue des tiers, la résurrection du droit de gage est la naissance d'un droit nouveau, et les fraudes que la loi a prévues au cas de formation d'un contrat de gage sont également à craindre lorsqu'il s'agit de faire revivre un droit éteint.

302 *bis*. IX. Mais il faut bien faire attention que le créancier n'aura pas perdu la possession du gage quand il l'aura confiée à une tierce personne. Celle-ci est un mandataire qui exerce le droit pour lui, qui possède en son nom, et si l'on peut posséder pour autrui à titre de propriétaire, on doit *à fortiori* pouvoir posséder pour autrui à titre de gagiste.

Enfin, il pourrait arriver que le gagiste eût perdu la chose ou qu'on la lui eût volée, il n'a pas alors abdiqué son droit de possession, et son droit de préférence n'est pas éteint. Les tiers, créanciers ou acquéreurs du chef du débiteur gagiste, n'ont pas eu dans ces hypothèses juste sujet de croire que le débiteur avait reconquis la libre disposition de la chose.

303. En principe, le droit de gage ne peut être établi que par le propriétaire capable d'aliéner la chose qu'il y soumet (v. art. 2124; v. pourtant art. 2279); mais il n'est pas nécessaire que ce soit pour sa propre dette que le propriétaire donne sa chose en gage. Le gage peut donc être donné par un tiers pour le débiteur. V. art. 2077.

303 *bis*. I. Le gage donné par un autre que le débiteur est une opération qui, dans ses motifs, rappelle le cautionnement. Celui qui donne le gage cherche à rendre service à une personne en lui procu-

rant du crédit. Soit que cette personne cherche à emprunter et ait besoin de fournir des garanties réelles pour trouver un prêteur, soit qu'elle ait déjà contracté et que le gage donné serve, en rassurant le créancier, à procurer au débiteur sa tranquillité, c'est-à-dire à lui obtenir des délais. Comme la caution, le tiers qui a donné un gage aura, le cas échéant, un recours contre le débiteur. C'est lorsque le gage aura été vendu ou aura été attribué au créancier aux termes de l'article 2078; la dette aura été alors éteinte au moins en partie, et le propriétaire du gage, dont la chose aura servi à procurer la libération du débiteur, pourra agir contre lui soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires, suivant les hypothèses.

303 *bis*. II. A propos du gage donné par un propriétaire sur sa propre chose pour la dette d'autrui, M. Demante pose un principe que le Code a sous-entendu et qui aurait peut-être dû être placé en tête du titre. Le gage ne peut être régulièrement constitué sur une chose que par le propriétaire de cette chose. Nul ne peut valablement aliéner la chose d'autrui ou la grever de droits réels. Ce principe est formellement reconnu par Pothier, mais ce jurisconsulte fait immédiatement une distinction. Le contrat fait sur la chose d'autrui ne peut certes créer le droit réel de gage, il est non avenu par rapport au vrai propriétaire et à ses ayants cause, mais il produit des effets entre les deux contractants : le créancier gagiste et celui qui donne le gage. Entre eux, les obligations qui découlent du contrat de gage subsistent. Ainsi, le débiteur ou le tiers qui a donné le gage ne pourra pas le reprendre, le retirer des mains du créancier, avant l'acquittement de la dette, et il sera obligé de tenir compte au créancier gagiste des dépenses que celui-ci aura été dans la nécessité de faire à l'occasion de la chose. De l'autre côté, le créancier sera tenu de veiller à la conservation de la chose et de la restituer à celui qui la lui a remise, lors de l'extinction de l'obligation.

303 *bis*. III. L'observation que nous venons de faire sur l'inefficacité au regard des tiers et notamment du véritable propriétaire, de l'engagement de la chose d'autrui, n'a pas autant d'importance pratique qu'on peut le croire au premier abord. Il ne faut pas raisonner ici comme on l'aurait fait en droit romain, où la propriété des meubles ne se perdait pas beaucoup plus facilement que celle des immeubles, en ce sens que l'aliénation et la tradition *a non*

domino ne compromettait pas immédiatement le droit du vrai propriétaire. Il faut tenir compte dans notre droit de la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre.* De cette règle, il résulte que l'aliénation d'un meuble corporel *a non domino* dépouille le vrai propriétaire de sa propriété, si la chose a été livrée à un acquéreur de bonne foi (art. 2279 et 1141). Si la convention de transférer la propriété détruit le droit du vrai propriétaire quand elle est complétée par une prise de possession de bonne foi, *à fortiori,* la convention de gage suivie d'une mise en possession de bonne foi doit produire ses effets au détriment du propriétaire, car cette mise en gage est chose moins grave que l'aliénation, moins nuisible au propriétaire, et de plus, les raisons qui justifient l'article 2279, considéré comme une protection pour celui qui a reçu la possession à titre de propriétaire, existent avec la même énergie pour justifier une pareille protection en faveur du créancier gagiste.

303 *bis.* IV. La conséquence de l'application à faire de l'article 2279, c'est qu'on ne trouvera que rarement à profiter de la règle que nous avons posée comme principe général. Rarement le gage de la chose d'autrui sera dépourvu d'effet dans les rapports entre le créancier gagiste et le vrai propriétaire. Pour que notre principe général produise ses effets, il faudra : ou que la chose engagée ne soit pas corporelle, parce que l'article 2279 ne s'applique pas aux choses incorporelles, ou que le créancier gagiste soit de mauvaise foi, et que cette mauvaise foi soit démontrée.

Puis, on pourra se trouver dans un des cas d'exception prévus par l'article 2279, les cas de vol ou de perte; le propriétaire qui peut alors revendiquer pendant trois ans contre un possesseur à titre de maître, aura le même droit contre le détenteur à titre de créancier gagiste, sauf, bien entendu, la restriction contenue dans l'article 2280; mais le fait prévu par cet article sera rare, car il faudra supposer qu'un marchand aura donné en gage une des marchandises de son magasin.

304. Le droit qu'acquiert le créancier, de se faire payer sur la chose engagée, n'emporte pas celui d'en disposer de sa propre autorité. Il paraît même qu'autrefois, à moins d'une clause particulière qui l'autorisât à se l'attribuer en paiement sur l'estimation qui en serait faite (v. *Marcien,* L. 16, § 9, D. *de pign. et hyp.*), il ne pouvait que la faire vendre par

autorité de justice. Mais, indépendamment de toute clause, notre Code lui permet de faire ordonner en justice, ou qu'elle lui demeurera en paiement, ou qu'elle sera vendue aux enchères. Bien entendu, au reste, que l'attribution en paiement ne peut avoir lieu que jusqu'à due concurrence, d'après une estimation qui sera faite par experts. V. article 2078, al. 1.

304 *bis*. I. Le Code commence, à l'article 2078, à traiter des droits du créancier sur le gage dans ses rapports avec le débiteur, jusqu'ici il ne s'était inquiété que des conditions de droit de préférence accordé au créancier gagiste sur les autres créanciers du même débiteur.

Nous l'avons déjà dit, le contrat de gage procure pour premier avantage au créancier le droit de retenir la chose jusqu'au paiement. C'est un moyen coercitif indirect qui peut donner quelquefois des résultats, mais le créancier a besoin d'un moyen plus énergique quand il veut et qu'il a droit de vouloir toucher effectivement le montant de sa créance. Ce moyen, c'est celui qui est à la disposition de tout créancier, il peut faire vendre le gage comme il pourrait faire vendre tout autre bien de son débiteur. Seulement, il n'a pas besoin de pratiquer une saisie, puisqu'il a la chose entre ses mains et qu'il n'a pas à craindre que le débiteur la détourne, il s'adresse directement à la justice pour faire ordonner la vente. Il a perdu l'avantage que lui reconnaissait le droit romain de vendre lui-même à l'amiable l'objet engagé (1), mais la vente aux enchères par autorité de justice présente au débiteur plus de garanties que cette vente amiable.

304 *bis*. II. Si le droit de faire vendre qui appartient au créancier gagiste est le droit qui appartient à tout créancier, il en est un autre qui lui est particulièrement attribué par l'article 2078, le droit de conserver la chose engagée en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts. Les créanciers ordinaires n'ont pas ainsi le droit de se payer en nature sur les biens de leurs débiteurs, et la loi ne déroge à la règle générale en faveur du gagiste que parce qu'elle considère la chose engagée comme affectée spécialement par la convention même de gage, c'est-à-dire par la volonté même du débiteur, à l'acquittement de la dette.

(1) V. *Institut.*, l. II, t. VIII, § 1.

304 *bis*. III. Entre les deux droits accordés au créancier gagiste, qui aura le droit de choisir? Les principes de l'alternative donneraient le choix au débiteur, mais cette solution est condamnée par des principes supérieurs à ceux qui inspirent la décision de l'article 1190. Cet article interprète une convention qui laisse une option à exercer entre deux choses qui sont également dues. Mais, dans l'article 2078, l'option tend à substituer une chose à celle qui est le véritable objet de l'obligation, et cette substitution ne s'appuie pas sur une convention à interpréter. La même raison s'oppose à ce que le choix dépende du créancier, car il n'a pas le droit de demander autre chose que ce qu'on lui doit, plus que le débiteur n'a le droit de lui payer autre chose que ce qu'il doit. Si le choix n'appartient ni au créancier, ni au débiteur, il faut bien qu'il appartienne aux tribunaux. Il s'agit, en effet, d'une question d'exécution d'une obligation, et le tribunal qui ordonne cette exécution est naturellement appelé à en déterminer le mode, suivant les circonstances et au mieux des intérêts des deux parties. C'est bien ce qui résulte du texte de l'article 2078, car, après avoir dit que le créancier ne peut pas disposer du gage, cet article ajoute qu'il fait ordonner par la justice que le gage demeurera en paiement ou sera vendu; si c'est la justice qui ordonne, il paraît bien que c'est elle qui impose son choix, sinon elle ne ferait qu'enregistrer les volontés du créancier, qui serait réellement celui de qui émanerait l'ordre.

304 *bis*. IV. Il nous faut cependant faire deux observations qui restreindront quelque peu la généralité de notre décision. D'abord, il nous paraît certain que si le créancier est muni d'un titre exécutoire, il peut faire vendre l'objet engagé, car il n'a pas besoin de s'adresser aux tribunaux, et ceux-ci n'étant pas saisis n'ont pas à déterminer le mode d'exécution de l'obligation.

Secondement, quand le créancier n'a pas de titre exécutoire et qu'il est obligé de s'adresser à la justice pour obtenir le droit de faire vendre, il peut s'opposer à une décision qui, lui refusant le droit de faire vendre, lui imposerait la nécessité de prendre en paiement la chose engagée. Ce serait alors une dation en paiement qui se ferait malgré lui, et rien ne serait plus contraire aux principes, le créancier ne peut pas être contraint à recevoir autre chose que ce qui est dû; en outre, la dation en paiement est ou une vente ou un échange, et il serait étrange qu'on devînt acheteur ou échangiste malgré soi. Le droit de faire vendre appartient à tout

créancier, le gagiste ne peut pas, parce qu'il a un droit mieux garanti, être plus mal traité qu'un créancier ordinaire.

Cette seconde observation ne détruit pas ce que nous avons d'abord établi, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas au créancier le droit d'option, il ne peut pas, il est vrai, garder le gage en paiement sans son consentement, mais il ne peut pas, s'il désire cette solution, forcer le tribunal à l'adopter, et c'est en quoi consisterait la véritable option. Le tribunal reste toujours maître d'ordonner la vente aux enchères, malgré la volonté du créancier manifestée par des conclusions qui tendraient exclusivement à l'attribution du gage d'après estimation.

304 *bis*. V. Il reste à examiner les conséquences du jugement qui autorise le créancier à conserver en paiement la chose engagée. Il est clair que ce jugement transfère la propriété au créancier gagiste; il remplace une convention de dation en paiement, et remarquez-le, une convention de dation en paiement pure et simple. Puisqu'il est bien certain qu'on trouvera toujours des experts, le contrat n'est pas conditionnel comme celui qui dépend de l'arbitrage d'un tiers nommément désigné par les parties; ce tiers peut refuser la mission qu'on lui veut confier, il peut mourir, donc le contrat est soumis à une éventualité; celui dont nous nous occupons, ou pour mieux dire, le jugement qui le remplace transfère une propriété pure et simple (1).

304 *bis*. VI. De là nous tirerons plusieurs conséquences; c'est : 1° qu'une fois le jugement rendu, le débiteur gagiste ne pourrait plus, en acquittant la dette, reprendre l'objet engagé; certes, il avait ce droit jusqu'au jugement, la demande en justice ne l'en dépouillait pas, parce que ce jugement ne saurait avoir d'effet rétroactif, attendu qu'il n'est pas déclaratif d'un droit préexistant, mais constitutif d'un droit nouveau. Mais ce droit constitué, la volonté du débiteur est impuissante à le détruire. 2° Quand l'estimation sera supérieure à la somme due, le créancier deviendra débiteur de l'excédent. Mais cette circonstance ne modifiera en rien le caractère définitif que nous venons de reconnaître à la translation de propriété, le créancier gagiste sera comme un acheteur, propriétaire de la chose et débiteur d'un prix, le paiement de ce prix sera garanti par le privilège du vendeur (art. 2102) et aussi par l'action

(1) V. t. VII, n° 12 *bis*. II.

en résolution faute de paiement du prix dont nous reconnaissons l'existence, aussi bien en matière de meubles qu'en matière d'immeubles (1). Mais il ne pourrait pas être question de la revendication spéciale que donne au vendeur de meubles l'article 2102, 3° parce que cette revendication n'est autre chose que la revendication du droit de retenir la chose jusqu'au paiement, et que dans notre hypothèse le vendeur, débiteur gagiste, ne pouvait pas prétendre à cette rétention sur une chose qu'il avait donnée en gage à celui qui est devenu acheteur.

304 *bis*. VII. Ces décisions ne sont pas conformes à celles que donne Pothier (2), mais il nous paraît que, sur les deux points que nous venons d'examiner, Pothier a méconnu les principes. Sur le premier point, il nous semble attacher trop d'importance à un détail de procédure : selon lui, le jugement qui attribue la chose au créancier ne produit son effet qu'autant qu'il est intervenu un second jugement homologuant le rapport des experts. Peut-être la pratique était-elle dans ce sens au temps de Pothier et les juges ne prononçaient-ils, en effet, l'attribution de la chose au créancier qu'après que les experts avaient statué, probablement qu'alors le premier jugement n'était qu'un jugement préparatoire nommant les experts et réservant la décision sur le fond. Mais aujourd'hui, en présence d'un texte du Code civil qui donne formellement aux juges le droit d'ordonner que le gage demeurera en paiement au créancier et jusqu'à due concurrence d'après une estimation, il nous paraît bien que la décision principale, c'est-à-dire l'attribution de propriété, doit être prise dans le premier jugement, que la nomination des experts n'est qu'une mesure d'exécution et que le jugement qui homologuera leur rapport fixe le montant de la charge imposée au creancier. Il se passe alors ce qui arrive, lorsqu'un jugement ordonne des dommages et intérêts à donner par état; le droit aux dommages et intérêts naît certainement du jugement, la quotité seule reste à déterminer; nous pouvons également comparer le jugement qui nous occupe au jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, il transfère la propriété, et le prix reste à déterminer par une décision judiciaire ultérieure.

304 *bis*. VIII. Sur le second point, pourquoi faire du paiement de la différence entre l'estimation et la dette une condition suspensive de

(1) V. t. IX, n° 33 *bis*.
(2) V. Pothier, *Nantissement*, n° 19.

l'acquisition du gage par le créancier? Le Code ne s'exprime-t-il pas d'une manière positive? le gage demeure au créancier jusqu'à due concurrence, d'où cette conséquence que si la valeur dépasse le chiffre de la dette, le créancier aura un retour à payer. Mais où trouver cette idée que le paiement du retour est un événement qui suspend l'effet du jugement? Est-ce qu'il en est ainsi dans les échanges ou dans les partages avec soultes? Pothier, en déclarant que le jugement ne dépouille pas le débiteur du droit de reprendre le gage en payant la dette, nous paraît avoir subi l'influence de l'ancienne doctrine romaine, qui n'admettait au cas de vente la translation de propriété qu'après le paiement du prix (1); c'est là une idée tout à fait étrangère à notre droit, et voilà pourquoi nous ne suivons pas la doctrine de Pothier.

305. La convention même des parties ne pourrait, à cet égard, augmenter le droit du créancier. Toute clause qui l'autoriserait, soit à s'approprier le gage, soit à en disposer, sans les formalités que la loi a prescrites, ouvrirait une voie trop facile aux fraudes des usuriers, et serait en conséquence frappée de nullité. V. art. 2078, al. 2.

305 *bis*. I. La clause que la loi proscrit dans le 2e paragraphe de l'article 2078 porte, dans la doctrine, le nom de *pacte commissoire*. Elle a pour objet d'établir que si le créancier n'est pas payé à une certaine époque, il deviendra de plein droit propriétaire de la chose engagée, qui lui sera acquise en paiement de sa créance.

Cette clause est interdite depuis le droit romain, parce qu'elle favorise les fraudes. Le débiteur engageant une chose d'une valeur considérable pour une dette relativement minime, puis se trouvant dépouillé de cette chose par suite de sa négligence à payer la dette et de la complaisance trompeuse du créancier, qui n'aura pas pressé le paiement afin d'acquérir une propriété importante en paiement d'une dette modique, cette convention est plus dangereuse que les stipulations d'intérêts excessifs, parce que celles-ci ne cachent le danger qu'elles font courir au débiteur.

305 *bis*. II. Les parties ont quelquefois essayé de cacher un gage avec pacte commissoire sous les apparences d'une vente à réméré, et il est assez difficile de distinguer les deux contrats, car l'acheteur

(1) *Instit.*, l. II, t. I. n° 41. — Pothier l'a reproduit. *Traité du contrat de vente*, n° 318.

à réméré fournit une somme d'argent; comme le créancier gagiste et comme lui, il peut être privé de la chose si l'autre partie lui rend la somme reçue, sinon il devient propriétaire incommutable. Nous avons montré, au tome VII (1), la différence caractéristique entre ces deux contrats, elle consiste en ce que le vendeur à réméré n'est pas débiteur de la somme, qu'il a simplement la faculté de payer pour recouvrer sa chose, tandis que l'emprunteur sur gage est débiteur, et n'est pas maître d'abandonner sa chose pour ne pas payer la somme qu'il a empruntée. On comprend donc que l'acheteur à réméré puisse conserver la chose quand il ne recouvre pas l'argent, parce qu'il a accepté une position désavantageuse et aléatoire; si la chose augmente de valeur, il est certain qu'on la lui reprendra; si elle diminue, le contraire est certain, le réméré ne sera pas exercé. Le créancier gagiste n'aurait que les bonnes chances, il pourrait conserver la chose, quand elle augmente, si on ne le paie pas; et d'un autre côté, quand elle diminue, il contraindrait le débiteur à payer et à reprendre son gage. Le contrat serait inégal. Voilà pourquoi la loi le défend. Quand on recherchera si une vente à réméré apparente est un contrat de prêt, le point de fait qu'il faudra élucider est donc celui-ci : la partie qui a reçu une somme d'argent est-elle, oui ou non, obligée à la restituer?

306. Des principes ci-dessus il suit que la mise en gage ne confère pas au créancier la propriété de la chose et ne peut même l'y conduire directement. Le débiteur, ou, pour mieux dire, celui qui a donné la chose, demeure donc propriétaire jusqu'à l'expropriation consommée par l'une des deux voies indiquées. Jusque-là le créancier n'a que la possession à la charge de restitution; ce que la loi exprime en disant que le gage n'est dans sa main qu'un dépôt. Mais à la différence du dépôt proprement dit, qui n'a pour objet que la garde de la chose dans l'intérêt du déposant, ici, au contraire, ce dépôt tend à assurer le privilège du créancier. V. art. 2079.

(1) V. t. VII, n° 104 *bis*. II.

SECTION II.

Des obligations qui naissent du contrat du gage.

307. Jusqu'ici l'on s'est occupé du contrat de gage sous le rapport du droit réel dont il contient virtuellement la constitution, comme les contrats de vente et d'échange contiennent virtuellement, dans notre droit, la translation de propriété. Mais indépendamment de cet effet, subordonné d'ailleurs à certaines conditions qui ne sont pas essentielles à la formation du contrat, le gage produit entre les parties des obligations qui font l'objet de cette section.

A cet égard, il est à remarquer que ces obligations naîtraient dans le cas même où quelque obstacle s'opposerait à la naissance du droit réel. C'est ce qui arriverait naturellement si les formalités constitutives du privilège n'avaient point été observées (v. art. 2074, 2075), ou si le constituant n'avait pas pouvoir pour engager la chose, *puta,* si c'est la chose d'autrui (v. *Ulp.,* L. 9, § 4; L. 22, § 2, D. *de pign. act.*); ou enfin s'il n'existait pas réellement de créance à laquelle la chose pût être affectée (v. *Ulp.,* L. 11. § 2, D. *de pign. act.*).

308. Comme le commodataire ou le dépositaire, le créancier qui reçoit une chose en gage est obligé par la tradition même à restituer la chose en temps et lieu. Débiteur de corps certain, il est tenu de veiller à la conservation et répond conséquemment de la perte ou détérioration provenant de sa négligence. V. art. 2080, al. 1.

309. De son côté, le débiteur auquel la chose doit être restituée, ou qui dans tous les cas profitera du prix de vente, s'enrichirait aux dépens d'autrui s'il s'appropriait ainsi, sans indemnité, le produit des dépenses que le créancier aurait faites pour la chose. Il y a donc à cet égard obligation de sa part, mais cette obligation se borne à *tenir compte* des dépenses *utiles et nécessaires faites pour la conservation du*

gage. V. art. 2080, al. dernier, et à ce sujet, art. 1890 et 1947.

309 *bis*. I. Le Code, en qualifiant les dépenses dont le débiteur doit tenir compte au créancier, laisse subsister une certaine obscurité sur sa pensée, parce qu'il emploie cumulativement deux mots qui sont ordinairement opposés l'un à l'autre. Que le débiteur doive rembourser les dépenses *nécessaires*, cela n'est pas douteux; mais qu'il doive supporter les dépenses simplement utiles, les dépenses d'amélioration, cela n'est pas admissible sans difficulté. Puisque le créancier n'a pas le droit d'user de la chose, comment l'autoriser à l'améliorer, c'est-à-dire à la transformer, à lui donner une manière d'être différente de celle à laquelle le propriétaire était habitué? N'oublions pas que nous parlons de choses mobilières, souvent de choses d'une utilité quotidienne pour le propriétaire, celui-ci, qui emploie la chose à un certain usage, souffrira peut-être de la prétendue amélioration accomplie. Si l'on a fait relier un livre broché, il le trouvera moins commode; si l'on a appliqué à un fusil un système nouveau, le chasseur l'emploiera-t-il avec le même succès? Si d'un cheval de selle on a fait un cheval de cirque, dansant en mesure et tournant sur lui-même, dès qu'il entend le son de la musique, serait-il raisonnable que le propriétaire payât les frais de transformation, alors même que cette transformation augmenterait la valeur vénale de la chose? Si le débiteur, pressé d'argent, a engagé sa chose au lieu de la vendre, c'est qu'il tenait à la chose elle-même, pour ses qualités propres, et non pas pour sa valeur vénale. Il faut donc, pour contraindre le créancier gagiste au respect du contrat, lui donner intérêt à ne pas empiéter sur le droit du propriétaire; le moyen est très-simple, il consiste à lui dénier le droit de se faire restituer les dépenses faites, quand ce seront de simples dépenses d'amélioration.

309 *bis*. II. Le Code nous paraît avoir employé ce moyen, car si l'on regarde de près son texte, on s'aperçoit qu'il n'a pas dit, comme il le fait bien souvent, les dépenses utiles et nécessaires, employant ces deux expressions dans un sens absolu et par conséquent opposé. Il a ajouté ces mots : que celui-ci a faites pour la conservation de la chose. D'après la construction de la phrase, cette proposition ne se rattache pas seulement au mot nécessaire, mais au mot dépenses, elle détermine nettement l'idée principale : il

s'agit des dépenses que le créancier a faites pour la conservation de la chose. Qu'on puisse les qualifier utiles on nécessaires, il faut, pour appliquer l'article, qu'elles soient des dépenses de conservation. Alors pourquoi ces deux qualificatifs différents? Ils sont employés pour prévoir deux hypothèses diverses, celle où les dépenses étaient urgentes et celle où elles étaient moins pressées. On comprend en effet des dépenses de conservation qui ne peuvent souffrir aucun retard, celles-là sont nécessaires; d'autres qu'on peut différer, mais qui n'en sont pas moins des dépenses de conservation, celles-là sont utiles. Il faudra toujours qu'il s'agisse de conservation, mais il suffira que la dépense soit utile sans être nécessaire au point de vue de la conservation. Voilà, ce nous semble, la pensée du législateur; elle nous apparaît plus claire par la comparaison du Code civil avec le paragraphe de Pothier qui traite la question. Pothier pose en règle que le débiteur doit rembourser les dépenses nécessaires que le créancier a faites pour la conservation de la chose. C'est le texte du Code, moins le mot *utiles*. Puis, arrivant aux dépenses utiles, il n'oblige le débiteur à les payer que quand elles sont modiques, et il laisse la question à la prudence et à l'arbitrage du juge. Le Code a voulu donner une règle plus précise, soustraire la question à l'arbitraire, et, en élargissant un peu le cercle des dépenses de conservation, puisqu'il y comprend celles qui n'étaient pas nécessaires, il ne parle plus des dépenses d'amélioration, ce qui nous autorise à dire *a contrario* que ces dépenses ne peuvent être répétées (1).

310. Remarquons ici que l'obligation incidente d'indemniser le créancier de ses dépenses n'est pas la seule que le contrat de gage impose au débiteur. En remettant la chose à ce titre, il contracte implicitement l'obligation de lui faire avoir sur cette chose le droit de gage, dont les effets ont été ci-dessus expliqués; par conséquent il serait garant des troubles et évictions, et, comme tel, non recevable à évincer lui-même le gagiste avant le temps fixé pour la restitution. Il serait également garant des défauts cachés qui rendraient la chose insuffisante pour assurer les droits du créancier. V. au surplus *Paul,* L. 16, § 1; *Marcien,* L. 32; *Ulp.,*

(1) V. Pothier, *Nantissement*, nos 60, 61.

L. 36, D. *de pign. act.;* v. aussi *Paul,* L. 41, *eod.; Modest.,* L. 22, D. *de pign. et hypoth.*

311. L'obligation de restituer la chose comprend celle de tenir compte au débiteur de tout ce qui en est provenu pendant la possession du créancier. Cette règle s'applique notamment aux intérêts d'une créance donnée en gage. Le transport à titre de nantissement autorise incontestablement le créancier à les toucher; mais il doit les recevoir en l'acquit de son débiteur, par conséquent les imputer sur ce qui lui est dû. Bien entendu que cette imputation se fait d'abord sur les intérêts, si la créance garantie par le gage en produit; sinon elle se fait sur le capital. V. art. 2081, et à ce sujet, art. 1254.

311 *bis.* I. L'engagement d'une créance produisant des intérêts, implique pour le créancier le pouvoir de percevoir ces intérêts. C'est la conséquence d'un mandat tacite qui s'appuie sur ce que le créancier qui a engagé sa créance a perdu, par la signification qui a été faite de l'engagement au débiteur, le droit de toucher périodiquement les intérêts, et qu'il importe à tous, au créancier débiteur comme au créancier gagiste, que les intérêts de la créance soient payés exactement.

Les intérêts ainsi perçus sont appliqués à la libération du débiteur gagiste et imputés sur sa dette conformément aux règles sur l'imputation du paiement, c'est-à-dire d'abord sur les intérêts qu'il doit lui-même, ensuite sur le principal de sa dette. La loi ajoute même que si la dette du débiteur gagiste ne produit pas d'intérêts, les intérêts de la dette engagée s'imputeront sur le capital.

311 *bis.* II. De cette dernière partie de l'article 2081 résulte nettement une dérogation à l'article 1244. Cette imputation des intérêts d'une créance sur le capital d'une autre créance n'éteindra pas ordinairement toute cette dernière créance, elle n'en éteindra qu'une partie. Le créancier subira donc comme une sorte de paiement partiel, et par extraordinaire il n'aura pas le droit de le refuser. Au reste, la dérogation à l'article 1244 n'est ici qu'apparente, car la décision de la loi est certainement fondée sur la convention des parties qui peut toujours déroger à la règle de l'article 1244. Le créancier, en consentant à recevoir en gage une créance produisant

des intérêts et à devenir mandataire à l'effet de toucher ces intérêts, donne son consentement à l'extinction partielle de sa créance, car il devient débiteur des intérêts qu'il reçoit, et il se fait une compensation de ces intérêts avec le capital qui lui est dû. Or, nous avons vu que la règle de la loi sur la compensation légale consacre une véritable exception à l'article 1244.

311 *bis*. III. Les raisons qui justifient l'article 2081, 2e alinéa, imposent une addition au premier paragraphe du même article. Quand une créance produisant intérêts a été engagée pour garantir une autre créance qui en produit aussi, les intérêts de la créance engagée s'imputent sur les intérêts, et, nous l'avons déjà dit, sur le capital. Ceci ne résulte pas du texte mais est une conséquence tirée *à fortiori* du 2e paragraphe de l'article et commandée par les principes sur la compensation légale qui nous ont paru expliquer ce deuxième paragraphe.

311 *bis*. IV. Le Code n'a parlé que des intérêts de la créance donnée en gage, il n'admet donc pas que le créancier gagiste ait le droit de toucher le capital; car s'il avait ce pouvoir, il faudrait bien dire aussi que ce capital, encaissé par lui, s'imputera sur la dette garantie par le gage. En principe, le créancier seul ou son mandataire peut toucher; le mandat, même tacite, n'apparaît pas ici aussi clairement que quand il s'agit des intérêts, parce qu'il n'est pas aussi nécessaire, le capital ne devant être payé qu'en une fois, tandis que les intérêts sont payables assez souvent. On comprend que si l'échéance est arrivée, le débiteur gagiste créancier de la créance engagée, ne pourra pas toucher, puisque l'engagement signifié vaudra comme une opposition, et qu'il aura tout intérêt à s'entendre avec le créancier gagiste, qui ne pourra pas non plus toucher sans le consentement de l'autre partie. De leur intérêt mutuel naîtra un accord; ils toucheront conjointement. Que si l'accord ne se fait pas, le créancier gagiste se fera attribuer par justice la créance aux termes de l'article 2078, ou en fera ordonner la vente aux enchères. Ces tentatives d'accord, ces procédures auraient toutes sortes d'inconvénients, s'il fallait les renouveler à chaque échéance d'intérêts de la créance engagée; elles n'en ont pas dès qu'il n'y aura lieu qu'une seule fois pour l'encaissement du capital.

Non-seulement le mandat tacite de toucher n'est pas aussi nécessaire quand il s'agit du capital que s'il a pour objet les intérêts, mais il serait très-sérieusement dangereux dans des hypothèses

très-fréquentes. Que la créance engagée soit supérieure en chiffre à la créance que garantit le gage, ce qui arrivera bien souvent, et la loi serait imprudente si elle reconnaissait au créancier gagiste le pouvoir de toucher le montant de la créance engagée. Ce créancier deviendrait débiteur de son ancien débiteur pour l'excédent de ce qu'il a encaissé sur ce qui lui était dû. Comment serait garantie cette dette peut-être considérable? Le droit de toucher les intérêts s'explique, parce que dans les probabilités ils sont minimes par rapport à la dette garantie par le gage, le créancier de ces intérêts ne risque pas de les perdre, puisqu'ils sont forcément utilisés à éteindre sa propre dette. Mais le capital encaissé dépassant le capital dû, l'excédent se trouve à la discrétion de l'ancien créancier, qui n'inspire peut-être aucune confiance à son ancien débiteur.

311 *bis*. V. Les créances ne sont pas les seules choses engagées qui puissent produire des fruits. Il y a certains meubles corporels qui sont frugifères, un très-grand nombre d'animaux entre autres. Nous ne dirons pas des fruits de ces choses, ce que la loi dit des intérêts des créances. Nous pouvons bien admettre, avec Pothier, que le créancier gagiste doit compte de ces fruits. S'il naît un petit de l'animal mis en gage, le créancier en est débiteur envers le propriétaire, mais nous n'admettons pas, malgré l'opinion de Pothier, que ces fruits doivent venir en déduction et paiement de la dette. Telle est certainement la pensée du Code qui, loin de parler avec Pothier des fruits en général, n'a parlé que des intérêts, et telle est en effet la conséquence logique des principes. Les petits d'un animal ne sont pas de l'argent; en admettant qu'ils soient engagés comme l'animal lui-même, ils sont régis par l'article 2078, ils ne sont pas la propriété du créancier gagiste, il doit se les faire attribuer par justice ou se faire autoriser à les vendre. Autrement, comment pourrait-on savoir quelle valeur avaient ces petits animaux? et ne devrait-on pas craindre les fraudes que les deux parties de l'article 2078 ont voulu prévenir?

311 *bis*. VI. Reste à savoir si ces petits animaux sont eux-mêmes engagés, et si le créancier gagiste peut : 1° les retenir; 2° exercer sur leur valeur son privilège. La solution nous paraît moins claire, parce que l'animal, dès qu'il est né, devient un objet distinct, une individualité séparée de celle de l'animal, objet du gage. Nous pensons toutefois que la théorie du Code civil est que le croît des animaux est l'accessoire de ces animaux, car c'est par l'idée

d'accession que le Code explique l'acquisition de ce genre de fruits par le propriétaire, comme celle des fruits de la terre par le propriétaire de l'immeuble. Cette théorie doit avoir pour conséquence que le croît est engagé comme accessoire de l'animal, principal objet du contrat de gage.

312. Le but que se proposent les parties dans le nantissement, et l'obligation implicite de garantie que contracte celui qui le fournit, diffèrent naturellement jusqu'au paiement de la dette la restitution du gage; ce paiement doit être intégral et comprendre conséquemment le principal, les intérêts et les frais. Toutefois, le droit conféré au créancier ne l'étant que sous la condition tacite qu'il n'abusera pas de la chose, l'abus donnerait lieu à restitution anticipée. V. art. 2082, al. 1.

312 *bis*. I. Le principal droit du débiteur gagiste, celui qu'il exerce par l'action *pigneratitia directa*, c'est le droit de se faire restituer le gage. Seulement, comme le gage a été donné pour garantir l'exécution de l'obligation, il est clair que le droit à la restitution ne peut naître tant que la dette n'est pas éteinte, sauf le cas exceptionnel où le créancier manque à l'obligation qui lui est imposée de veiller à la conservation de la chose; c'est le cas que le Code suppose, quand il parle du détenteur qui abuse du gage.

312 *bis*. II. Nous avons subtitué aux expressions du Code des termes plus larges, quand nous venons de déterminer à quelle époque naîtrait le droit de demander la restitution du gage. Ce n'est pas à l'époque du paiement, c'est à l'époque où, pour quelque cause que ce soit, l'obligation garantie par le gage a été éteinte : le droit accessoire doit périr quand périt le droit principal. Ceci ne peut pas faire de doute quand il s'agit des modes extinctifs ordinaires de l'obligation, la compensation, la novation, la remise de la dette, et tout le monde admet, quant à ces modes, l'extension que nous donnons à l'article 2080. Mais un très-grand nombre de jurisconsultes refusent d'appliquer la même règle au cas de prescription, ou pour mieux dire, ils pensent que la prescription de la dette garantie est impossible tant que le gage reste dans les mains du créancier gagiste, d'où il résulte que le droit à la restitution ne pourra jamais naître de l'extinction de la dette par prescription.

Cette doctrine est ainsi justifiée par quelques auteurs : d'après les principes du Code de Justinien, la seule possession du gage par le créancier opérait une reconnaissance continue de l'obligation, et par suite la libération par prescription ne pouvait pas se produire (1). D'autres reproduisent cette idée sans invoquer l'autorité de Justinien et voient, dans le fait de laisser le gage entre les mains du créancier, une reconnaissance permanente du droit de ce dernier (2).

312 *bis*. III. Nous ne pouvons pas admettre cette doctrine, elle nous paraît contraire aux dispositions de la loi sur les effets de la reconnaissance en matière de prescription libératoire.

On raisonne sur une prescription libératoire, il s'agit de savoir si le débiteur a pu ou non prescrire sa dette. Il s'est écoulé trente ans depuis que cette dette est exigible, est-elle éteinte par ce laps de temps, ou au contraire la possession de gage par le créancier n'a-t-elle pas créé un obstacle à cette extinction par prescription? Quand on dit que la possession du gage par le créancier constitue une reconnaissance permanente empêchant la prescription, on dénature absolument les dispositions de l'article 2248 sur l'effet des reconnaissances. Ces actes ne constituent que des interruptions de prescription, c'est-à-dire qu'il faut considérer comme non avenu le temps écoulé avant qu'ils aient eu lieu, mais ils permettent une prescription qui recommence aussitôt la reconnaissance accomplie. Donc il n'est rien de plus contraire à l'idée de reconnaissance que l'idée de permanence ou de continuité; s'il existait des reconnaissances permanentes, elles constitueraient non pas des causes d'interruption, mais des causes de suspension. On peut peut-être soutenir, c'est un point à examiner sur l'article 2248, que la reconnaissance par un possesseur du droit d'un propriétaire rend la prescription impossible, mais c'est qu'on voit alors dans cette possession le vice de précarité, et si la prescription devient impossible, c'est qu'il s'agit d'une prescription afin d'acquérir. Or, ce serait faire une étrange confusion que de résoudre notre question par les principes de la prescription acquisitive. Les règles sur la possession sont indifférentes ici, et d'ailleurs on ne s'appuie pas sur un vice de la possession, c'est le fait même de cette possession qui donne une arme contre le non possesseur.

312 *bis*. IV. Comment arrive-t-on à ce résultat, c'est en disant :

(1) V. M. Thézard, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, n° 15.
(2) V. Aubry et Rau, t. III, p. 520, n° 11, édit. 1856.

le débiteur gagiste reconnaît l'existence de sa dette par ce fait qu'il laisse le gage aux mains du créancier. Rien de moins certain, car le débiteur peut ignorer qu'il existe un gage en possession de ce créancier ; supposez que le débiteur primitif est mort, qu'il a laissé un héritier, celui-ci qui ignore peut-être la dette peut *à fortiori* ignorer la constitution d'un gage, et dès lors où est le fondement de la reconnaissance permanente ou continue, qui interromprait à chaque instant la prescription? Quant au débiteur lui-même, qui, négligent de ses intérêts, ne redemande pas le gage, est-il certain qu'il a par son inaction fait une reconnaissance de la dette? Une reconnaissance tacite, en quelque sorte négative, ne vaut pas l'acte positif auquel la loi a certainement fait allusion, quand elle a dit dans l'article 2248 : la reconnaissance que le débiteur *fait* du droit de celui contre qui il prescrit. N'oublions pas que le débiteur qui prescrit est supposé avoir perdu la preuve de sa libération ; s'il l'a perdue, il a tout intérêt à ne pas révéler cette perte au créancier, qui pourrait être tenté de demander un second paiement; pour se faire restituer le gage, il faudrait montrer la quittance perdue, et c'est pour ne pas manifester cette perte que le débiteur ne redemande pas son gage. Si ces faits sont possibles, il ne faut pas poser en règle que l'inaction du débiteur libéré implique de sa part reconnaissance de la dette.

312 *bis*. V. Nous refuserions de voir cette idée dans le Code civil, alors même qu'elle serait consacrée par le Code de Justinien. Mais le texte qu'on invoque nous paraît avoir un tout autre sens; c'est la constitution 7, § 5, au titre *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum*. Elle traite d'une véritable interruption, c'est-à-dire d'un fait qui n'a pas un effet continu ou permanent, *per hanc detentionem interruptio est præteriti temporis*. Le temps passé ne compte plus, mais on ne dit pas que la prescription soit impossible dans l'avenir; or, quel est le fait qui produit ce résultat, c'est le fait d'avoir pris possession des choses engagées, *res sibi suppositas sine violentia tenuerit* (le verbe *tenere* signifie aussi bien occuper, prendre possession, que garder). Ainsi entendu, le texte de Justinien nous paraît très-acceptable, le fait de donner un gage constitue une interruption de prescription, c'est un fait positif du débiteur qui ne laisse aucun doute sur son intention de reconnaître la dette, mais nous avons vu qu'il en était tout autrement du fait de laisser le gage en la possession du créancier.

312 *bis*. VI. Nous avons en outre, dans le Code civil, une disposition formelle qui nous semble absolument décisive, quant à la question que nous examinons. Le Code admet, article 2180, qu'une créance peut s'éteindre par prescription en faveur du débiteur, bien qu'elle soit garantie par une hypothèque sur les biens de ce débiteur. N'est-ce pas la question même que nous agitons, avec cette différence qu'il s'agit ici de gage et là d'hypothèque? Le débiteur libéré n'a-t-il pas le droit d'exiger la radiation de l'inscription, et n'a-t-il pas intérêt à l'exiger? Comme le débiteur gagiste a droit et intérêt à demander la restitution du gage. Il ne demande pas la radiation, et la prescription court néanmoins contre lui; c'est apparemment qu'on ne voit pas dans son inaction une reconnaissance permanente et continue de la dette, car une reconnaissance interromprait la prescription, et si elle était continue, c'est-à-dire se renouvelant sans cesse, elle la rendrait impossible. Cette observation nous paraît capitale, car elle montre dans la loi même la condamnation de la supposition, qui est la base de la doctrine que nous combattons.

312 *bis*. VII. On oppose, il est vrai, un autre argument qui consiste à signaler l'étrangeté du résultat auquel nous arrivons : le débiteur dont l'action en retrait du gage est imprescriptible jusqu'à l'extinction de la dette, pourrait au bout de trente ans réclamer la restitution du gage sans offrir de désintéresser le créancier (1). Nous admettons en effet que telle est la conséquence de la doctrine, mais nous ne reconnaissons pas que cette conséquence soit étrange, et qu'on puisse s'en prévaloir contre la doctrine elle-même. La prescription est, d'après le Code civil, un mode d'extinction de l'obligation, comment comprendre que le gage subsiste quand la dette est éteinte? Il n'y a plus rien à garantir. Le débiteur gagiste redemande le gage devenu inutile. Quant au créancier gagiste, en décidant qu'il ne peut pas invoquer en sa faveur une prescription libératoire puisque jusqu'à la prescription de la créance accomplie, la restitution n'avait pas pu être exigée de lui, on ne lui cause pas un véritable préjudice. Si, ce qui nous semble impossible, on lui permettait d'invoquer la prescription libératoire, il n'en retirerait aucun avantage. Aurait-il en effet acquis la propriété? Non certes, puisque nous parlons d'une prescription libératoire; il aurait donc

(1) V. Aubry et Rau, *loc. cit.*

le droit de conserver le gage, comme il le tenait avant la prescription, c'est-à-dire pour ne pas s'en servir, pour ne pas s'en approprier les fruits. Il ne pourrait pas en disposer, obtiendrait-il de la justice, aux termes de l'article 2078, le droit de la conserver comme propriétaire ou de la faire vendre, ce serait impossible puisque la justice ne doit autoriser cette appropriation en cette vente aux enchères que pour aboutir à un paiement. Or, comme le paiement n'est plus exigible, ces décisions de la justice ne sauraient intervenir. On le voit, le créancier gagiste ne perd pas grand'chose à ne pas pouvoir invoquer la prescription contre l'action en restitution du gage.

Nous n'avons parlé que de cette prescription afin de se libérer, il est clair que le gagiste ne pourrait pas invoquer une prescription acquisitive, même après trente ans écoulés depuis la constitution du gage, car sa possession, précaire dans l'origine, aura toujours conservé ce caractère (art. 2236, 2237). Nous supposons au moins qu'il n'est pas intervenu un des événements qui rendraient possible la prescription (art. 2238), parce qu'alors nous ne serions plus dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons.

312 *bis*. VIII. Nous avons supposé que le créancier gagiste était encore en possession du gage et qu'il lui était matériellement possible de rendre un gage désormais inutile. Il peut arriver qu'il n'ait plus à sa disposition l'objet qu'il a reçu en gage et que, poursuivi comme débiteur de la restitution, il soit, en effet, exposé à une perte, puisqu'il devrait donner des dommages et intérêts. Il évitera cette condamnation s'il démontre que la perte provient d'un cas fortuit (art. 1302), sinon il subira les conséquences d'une faute qu'il a commise en ne conservant pas en nature, comme il le devait, la chose remise en gage. Il aurait, du reste, encore une autre ressource, ce serait de prouver que la dette a été éteinte par un paiement, une compensation ou une remise à une époque antérieure à celle où la prescription s'est accomplie. La chose est possible, puisque la prescription cache souvent une véritable extinction d'obligation dont le débiteur a perdu la preuve. Si le créancier fournit cette preuve, il fait remonter à une époque antérieure à celle où la dette a été prescrite, le commencement de la prescription libératoire qui a couru à son profit en ce qui concerne la restitution du gage, et ainsi il pourra se trouver libéré. S'il ne peut pas faire cette preuve, ou bien c'est parce que la dette n'a

réellement été éteinte que par la prescription, et alors il est logique que l'action en restitution du gage ne soit prescriptible que depuis cette époque, ou bien c'est parce qu'il a négligé de conserver la preuve d'un acte juridique qui l'intéressait, et sur lequel il veut aujourd'hui fonder un droit; il ne faut pas alors s'étonner que le manque de preuve lui porte un préjudice.

313. Le paiement de la dette pour laquelle eut lieu la mise en gage n'autoriserait pas toujours à exiger la restitution de la chose engagée. En effet, si à un autre titre il existe encore une dette entre les mêmes parties, l'affectation générale des biens du débiteur au paiement de cette dette, comme de toute autre, peut aisément faire supposer, indépendamment d'une affectation spéciale, la convention tacite de ne pas retirer le gage avant qu'elle soit acquittée (v. *Gord.*, L. *un.*, Cod., *etiam ob chirogr.*). Ajoutons qu'il est naturel que le créancier qui pourrait saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les effets de son débiteur, soit autorisé à ne pas se dessaisir de la chose qu'il tient. Mais pour que ces motifs soient applicables, et pour que la loi autorise la rétention, il faut : 1° que la dette à laquelle le gage n'est pas spécialement affecté soit contractée postérieurement à la mise en gage; 2° que cette dette soit exigible avant le paiement de la première. V. art. 2082, al. dernier.

313 *bis*. I. Le débiteur qui a donné un gage emprunte du même créancier une autre somme. La loi suppose une convention tacite affectant le gage à cette nouvelle dette et permet au créancier de retenir le gage tant que les deux dettes ne sont pas acquittées. Voilà la décision de l'article 2083, 2e alinéa. Il faut maintenant comprendre les conditions auxquelles elle est subordonnée.

313 *bis*. II. D'abord, pour que la créance à l'égard de laquelle il n'a pas été fait de convention spéciale du gage bénéficie du gage de l'autre créance, il faut qu'elle soit née postérieurement à l'autre, sinon la convention tacite du gage n'apparaîtrait pas; car il est évident que, lors de la première convention, le créancier s'était contenté d'une créance chirographaire. Secondement, la loi exige que la seconde dette soit exigible avant le paiement de la première. Cette condition ne nous paraît pas respecter l'idée fondamentale de

l'article 2082. Si, en effet, l'article suppose une convention tacite de gage, pourquoi cette constitution pour une nouvelle dette ne pourrait-elle pas garantir un paiement à faire après le paiement de la dette la plus ancienne? Il y aurait là un ordre fort logique assigné aux différents paiements, et dès lors on pourrait facilement présumer une convention en ce sens. Mais les rédacteurs du Code civil ont probablement laissé de côté cette idée qui donne une base très-juridique à l'article, et ils se sont préoccupés des motifs que Pothier assignait à la règle. On trouve, en effet, dans le traité du nantissement : 1° que le créancier gagiste, qui a reçu le paiement de la dette garantie par le gage, oppose l'exception de dol à l'action par laquelle le débiteur qui lui doit une autre somme demande la restitution du gage; 2° que ce créancier aurait eu le droit de former une saisie-arrêt sur lui-même pour arrêter le gage de la créance éteinte par un paiement. Ces deux raisons expliquent la décision du Code; il est certain que soit pour opposer l'exception du dol, soit pour pratiquer une saisie-arrêt, il faut que ce créancier ait un droit exigible, il ne peut pas, en vertu d'une créance dont le terme n'est pas arrivé, paralyser le droit de son ancien débiteur qui redemande son gage.

313 *bis*. III. Voilà où conduit l'interprétation littérale de l'article, on substitue des raisons d'équité à la raison de droit, sur laquelle on pourrait l'appuyer; cette interprétation se justifie d'ailleurs par une observation précédemment faite : s'il s'agissait d'une convention de gage, on ne comprendrait pas pourquoi les effets en seraient restreints au cas où la seconde dette est échue soit avant le paiement, soit même, comme quelques jurisconsultes l'ont soutenu, avant l'échéance de la première. Mais alors nous constatons une sorte d'incohérence dans les décisions, parce que s'il s'agit simplement d'une considération d'équité donnant naissance à une exception de dol, ou a une sorte de saisie-arrêt, il n'était pas nécessaire de distinguer entre les dettes antérieures et les dettes postérieures au contrat de gage. Les deux conditions auxquelles l'article 2082 subordonne sa règle sont donc inspirées par deux idées divergentes sur le principe même de cette règle.

313 *bis*. IV. Quel que soit en réalité le principe de l'article 2082, 2e alinéa, il faut ne pas exagérer la portée de sa disposition et la maintenir dans les termes stricts que le législateur a employés. Le droit que l'article confère au créancier pour la sûreté de sa seconde

créance n'est pas le droit de gage dans toute sa plénitude, il n'implique pas un droit de préférence sur les autres créanciers. Le texte, en effet, ne vise que le droit de retenir le gage; le créancier n'est pas tenu de s'en dessaisir, c'est une exception au 1er alinéa de l'article, qui confère au débiteur le droit de redemander la possession effective de l'objet engagé. Mais la loi évite bien de parler du privilège du gagiste, tandis qu'elle précise très-nettement, dans le cours du titre, les cas où elle entend s'en occuper (art. 2074, 2075, 2076). Son système général en ce qui concerne ce privilège est tout à fait contraire à l'existence de ce droit dans le cas qui nous occupe. Alors même qu'on admettrait qu'il y a eu constitution tacite de gage, les conditions essentielles à l'existence du privilège de gagiste font absolument défaut, car il n'existe pas d'acte public ou au moins enregistré contenant déclaration de la somme due, et les fraudes que la loi a voulu prévenir par cette exigence pourraient être facilement commises; que si l'on appuie la décision de l'article sur une sorte de saisie-arrêt faite par le créancier sur lui-même, il est encore plus évident qu'il n'a pas de droit de préférence, puisque ce droit n'appartient pas au saisissant, d'après les dispositions du Code civil.

314. La règle qui subordonne au paiement intégral la restitution du gage ne tient pas seulement à l'indivisibilité de paiement qui existe en général entre le créancier et le débiteur (art. 1220 et 1244); elle repose sur l'indivisibilité du gage, laquelle est entièrement indépendante de celle de la créance. L'effet de cette indivisibilité est que la totalité et chaque portion de la chose engagée est affectée au paiement de la totalité et de chaque portion de la créance. Il est évident d'après cela que la division de la dette entre les héritiers du débiteur n'autorise aucun d'eux à retirer une portion du gage en payant sa part de la dette; pareillement, la division de la créance entre les héritiers du créancier non-seulement n'oblige pas, mais n'autorise même pas celui qui reçoit sa portion à remettre, au préjudice des autres, tout ou partie du gage. V. art. 2083; v. à ce sujet art. 2114.

314 *bis*. Le gage est indivisible comme l'hypothèque; les conséquences de cette indivisibilité sont indiquées par l'article 2083.

Nous nous contentons de renvoyer sur ce point à ce que nous avons dit de l'indivisibilité de l'hypothèque sur l'article 2114 (1).

Disposition particulière.

315. Les principes généraux sur la nature et les effets du gage, considéré comme contrat ou comme droit réel, sont toujours et partout les mêmes. Mais les règles strictes établies par le droit civil pour l'application de ces principes contrarieraient en plusieurs points les usages et les besoins du commerce. D'un autre côté, la loi devait une faveur particulière à ces établissements créés dans des vues d'humanité, qui, sous la surveillance de l'administration publique, sont autorisés à prêter sur gage; en conséquence, notre Code déclare ici ses dispositions non applicables, soit aux matières de commerce (v. à ce sujet C. comm., art. 91-93, l. du 23 mars 1863), soit aux maisons de prêt sur gage autorisées; ces maisons, au reste, sont soumises à des règlements particuliers. V. art. 2084.

315 *bis*. Le gage commercial est organisé par les articles 91, 92 et 93 du Code de commerce. Ces articles ont été intercalés dans ce Code en 1863 pour combler la lacune que laissait sur ce point le Code de 1807. Nous renvoyons aux explications que les traités de Droit commercial donnent sur ces articles (2), nous contentant d'en indiquer sommairement les principales dispositions : 1° on a déterminé ce qu'il faut entendre par un gage en matière commerciale, c'est le gage donné pour un acte de commerce, soit par un commerçant, soit par une personne non commerçante; 2° pour les contrats de gage commerciaux on abandonne la règle de l'article 2074, et soit entre les parties, soit par rapport aux tiers, on admet tous les modes de preuve autorisés par l'article 109, C. com.; 3° le gage qui a pour objet des créances civiles reste soumis à l'article 2075; 4° quand le gage a pour objet des droits transmissibles par voie d'endossement, le gage peut être constitué par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie; 5° pour les droits qui

(1) V. t. IX, n° 74 *bis*. IV et V.
(2) V. M. Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 333. Édit. 1884.

se transmettent par un transfert sur des registres, le gage est constitué par un transfert à titre de garantie; 6° à défaut de paiement, la vente publique du gage a lieu sans autorisation préalable de la justice.

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

316. Le mot *antichrèse* signifie jouissance en remplacement. On doit donc entendre par antichrèse proprement dite la convention par laquelle la jouissance de la chose donnée en nantissement est abandonnée au créancier en remplacement de l'intérêt de son argent (v. *Marcien,* L. 11, § 1, D. *de pign. et hyp.*). Mais, improprement, on a étendu la signification du mot *antichrèse* au cas où la faculté de jouir de la chose n'appartient au créancier que sous la condition d'imputer jusqu'à due concurrence la valeur de cette jouissance sur les intérêts ou sur le capital.

Depuis que l'introduction de l'hypothèque a permis de conférer au créancier le droit de gage sans dépossession du débiteur, il est évident que le contrat de nantissement appliqué aux immeubles n'a plus conservé de véritable utilité que sous le rapport de l'antichrèse, proprement ou improprement dite, qui pouvait y être jointe. On conçoit donc que l'antichrèse en soit devenue l'objet principal et bientôt l'objet unique. Aussi est-ce sous ce nom que le Code désigne le nantissement des choses immobilières (art. 2072). C'est en effet uniquement à l'antichrèse que tend aujourd'hui la remise d'un immeuble en nantissement; car loin que cette remise soit, comme dans l'origine, le seul moyen de conférer le droit de gage, elle a même cessé de produire cet effet (v. art. 2085, 2091, 2093, 2094).

316 *bis.* I. La définition de l'antichrèse, telle qu'elle résulte du Code civil, doit être ainsi formulée : un contrat par lequel la jouis-

sance d'un immeuble est abandonnée à un créancier sous la condition d'imputer jusqu'à due concurrence la valeur de cette jouissance, c'est-à-dire les fruits de l'immeuble, sur les intérêts de la dette d'abord et ensuite sur le capital.

Si M. DEMANTE appelle cette convention un contrat d'antichrèse improprement dite, c'est qu'il se place au point de vue historique, comme l'indique la citation qu'il fait d'un texte du Digeste, et aussi toute la suite de son explication. Mais il ne faut pas s'y méprendre, sa doctrine, comme la doctrine générale, est que dans le Code civil le mot antichrèse n'a qu'un sens, celui que nous lui attribuons d'après l'article 2085.

316 *bis*. II. Reste la question de savoir si les parties pourraient faire expressément la convention dont M. DEMANTE a d'abord parlé. Celle qui attribuerait au créancier tous les fruits de l'immeuble pour représenter les intérêts de la somme due sans imputer quelque partie que ce soit de ces fruits sur le capital.

On a dit que cette convention était licite avant la loi de 1807 sur le taux maximum de l'intérêt conventionnel (v. art. 2089); tandis que la loi, pour être conséquente, aurait dû la déclarer nulle pour violation de l'article 1907, 2e alinéa, le taux de l'intérêt n'étant pas alors fixé par écrit; c'est un point sur lequel nous reviendrons plus tard. Aujourd'hui que les parties ne sont pas libres de fixer tel intérêt que bon leur semble, la convention ne pourrait être validée qu'en vertu d'une estimation des fruits démontrant que les parties n'ont pas dépassé la limite. Mais nous préférons la déclarer illicite pour violation de l'article 1907, 2e alinéa. Nous avons en effet admis que cette seconde partie de l'article 1907 n'est pas implicitement abrogée par la loi de 1807, qu'elle constitue encore une protection pour l'emprunteur en le forçant à se rendre compte du taux de l'intérêt qu'il promet (1). S'il est utile qu'il en soit ainsi, c'est surtout lorsque la convention ne montre pas clairement la proportion existant entre le bénéfice annuel perçu par le créancier et le capital dû par le débiteur. L'emprunteur peut ne pas se rendre un compte exact de ce que doit produire l'immeuble, et il consentira ainsi à abandonner tous les fruits sans comprendre qu'il accepte de payer des intérêts excessifs. La convention d'antichrèse dans ces conditions fournirait aux usuriers un moyen très-commode

(1) V. ci-dessus, n° 115 *bis*. XI.

d'éluder les dispositions de la loi de 1807, et il nous semble heureux que l'article 1907 nous fournisse le moyen de prévenir de semblables contrats. Il est vrai qu'en interdisant cette convention, nous empêchons les emprunteurs de profiter de la bonne volonté d'un prêteur qui se contenterait de la chance que lui promettraient les fruits de l'immeuble, et qui consentirait à percevoir quelquefois une valeur inférieure à l'intérêt légal. Mais on peut craindre que ce ne soit pas là l'hypothèse ordinaire, et d'ailleurs quand la loi interdit des conventions parce qu'elle redoute qu'une partie mal éclairée fasse des sacrifices irréfléchis, elle prive, par son interdiction, d'un bénéfice possible les quelques contractants qui auraient par hasard fait une convention avantageuse malgré le danger contre lequel la loi cherchait à les protéger. Ainsi, la vente d'une succession future est interdite, la loi craint que l'héritier présomptif ne vende à vil prix un droit incertain dans son existence et dans son chiffre, peut-être cependant l'aurait-il quelquefois vendu avantageusement, néanmoins, pour atteindre le but qu'elle se propose, elle prohibe dans tous les cas le contrat en question. De même, pour protéger la majorité des emprunteurs qui abandonnerait trop facilement une jouissance considérable en paiement du loyer d'un capital peu important, elle se trouve contrainte à empêcher la convention qui aurait lieu quelquefois à l'avantage de l'emprunteur contre le prêteur.

317. Cela posé, il reste à établir en détail la nature et les effets du contrat d'antichrèse (art. 2085-2090); nous verrons ensuite si, et jusqu'à quel point, ces effets, qui s'opèrent incontestablement entre les parties contractantes, peuvent être opposés aux tiers (art. 2091).

318. En appliquant à l'antichrèse l'idée générale que nous avons prise du nantissement, on voit que c'est un contrat réel, intéressé de part et d'autre, et synallagmatique imparfait. Qui dit contrat réel, dit contrat parfait par la simple tradition, et dont l'existence dès lors n'est assujettie à aucune forme. Toutefois la loi veut que l'antichrèse ne puisse s'établir que par écrit; ce qui, selon nous, ne tend qu'à exclure absolument la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur. V. art. 2085, al. 1.

318 *bis*. I. La première disposition de l'article 2085 rappelle la règle que l'article 2074 a édictée en ce qui concerne le gage. Il ne s'agit certes pas de faire de l'antichrèse un contrat solennel comme la donation; l'écriture est considérée ici comme moyen de preuve. La loi n'a pas dit que l'antichrèse résulterait d'un acte écrit à peine de nullité, elle dit que ce contrat ne s'établit que par écrit, ce qui peut se traduire facilement par ces mots : l'antichrèse ne se *prouve* que par écrit, car le mot *établir* a souvent le sens de *prouver*.

La règle est donc analogue à celle qui régit le gage, si le contrat n'est pas nul en la forme, il peut au moins être avoué par la partie, et la délation du serment décisoire est possible.

318 *bis*. II. Seulement nous ne rencontrons pas ici l'exception admise par l'article 2074, 2e alinéa, et par l'article 1341. Il n'y a plus lieu de considérer si l'intérêt engagé est supérieur ou inférieur à 150 francs. La loi n'a pas restreint la portée de sa formule; nous pensons qu'elle n'a pas cru que l'engagement d'un immeuble eût souvent pour objet une chose d'une valeur ne dépassant pas 150 francs; de plus, on peut supposer que les rédacteurs du Code, qui d'abord n'avaient pas fait cette distinction sur l'article 2074 et qui l'ont ajoutée dans une rédaction ultérieure, ont négligé un peu inconsciemment de faire subir la même modification à l'article 2085. Il faut, quoi qu'il en soit, appliquer cet article tel qu'il est écrit.

318 *bis*. III. Nous disons que l'article 2085 donne une règle analogue à celle qui résulte de l'article 2074. Les deux règles ne sont pas en effet identiques. Il faut se rappeler que l'article 2074 régit les rapports du créancier gagiste et des tiers à qui peut être opposé le privilège du gagiste; entre les parties qui ont fait le contrat de gage nous ne voyons pas de règle spéciale sur la preuve, et les dispositions générales de la loi sur les preuves restent applicables. Dans la matière de l'antichrèse la loi ne fait pas cette distinction, et d'une façon générale elle exige la preuve écrite. Il faut donc en conclure que, même entre les parties, la preuve testimoniale est interdite dans toutes les hypothèses, ce qui comprend le cas où il y aurait commencement de preuve par écrit et celui où l'on alléguerait la perte d'un acte écrit. C'est une rigueur excessive qui tient à ce que la loi n'a pas distingué la situation des parties et celle des tiers, et qu'elle a écrit un article général là où elle songeait surtout à prévenir des fraudes préjudiciables aux tiers, par exemple aux

autres créanciers, au détriment desquels on créerait tardivement un droit d'antichrèse alors que l'état des affaires du débiteur commun demande qu'une parfaite égalité soit maintenue entre les créanciers.

318 *bis*. IV. Il est bien clair que lorsqu'il s'agira d'opposer le contrat d'antichrèse à des tiers, il sera nécessaire que l'acte écrit ait date certaine à leur égard dans les conditions de l'article 1328, si c'est un acte sous seing privé; il n'était pas nécessaire que le texte s'expliquât sur ce point, puisque c'est là une règle générale de la matière des preuves.

318 *bis*. V. Il faut seulement bien faire attention à ce que nous devons entendre par des tiers; s'il s'agit de personnes ayant acquis des droits réels sur l'immeuble, par exemple une hypothèque, la certitude de la date de l'acte est absolument imposée par l'article 1328, et nous dirons bientôt qu'une autre formalité protectrice est nécessaire. Mais les créanciers chirographaires du débiteur qui a constitué l'antichrèse ne sont pas des tiers, ils le représentent à titre universel; devant subir toutes les conséquences des actes qui diminuent le patrimoine de leur débiteur, ils sont indirectement atteints, quelle que soit la date de ces actes, et comme nous ne trouvons pas ici la règle formelle qui, dans l'article 2074, soumet le privilège du gagiste à la condition que l'acte constitutif aura date certaine, nous rentrons dans la règle générale et nous admettons que tout acte écrit, même sous seing privé non enregistré, sera opposable aux créanciers chirographaires. Sauf le cas de fraude, *fraus omnia corrumpit*. La preuve de la fraude résultera de la date même que portera l'acte, si elle est très-voisine de l'époque où le débiteur est devenu insolvable, et de plus elle pourra être faite spécialement, même par témoin (art. 1348), quand les créanciers prétendront qu'un acte sous seing privé a été antidaté. Voilà les seules armes que la loi ait données aux créanciers chirographaires; on doit regretter qu'elle n'ait pas régi la constitution d'antichrèse comme celle du gage, mais on ne peut pas combler une lacune de la loi par voie d'interprétation (1).

319. L'antichrèse est un nantissement; il est clair donc que la chose remise à ce titre l'est, comme le gage, pour sûreté de la dette; mais notre Code fait consister uniquement cette

(1) V. Cependant Aubry et Rau, t. III, p. 522. Édit. 1856.

sûreté dans la faculté de percevoir les fruits, lesquels, en général, doivent être imputés annuellement, d'abord sur les intérêts si la dette en produit, et ensuite sur le capital. V. art. 2085, al. dern.

319 *bis* I. Le droit du créancier antichrésiste consiste d'abord dans le droit de retenir l'immeuble jusqu'au paiement de la dette; ce droit résulte de ce que le contrat d'antichrèse est un contrat de nantissement.

Il consiste ensuite en ce que le créancier peut percevoir les fruits. Il faut donc qu'il administre les biens puisqu'il les possède, et il doit les faire produire puisqu'il s'est soumis à la charge d'imputer les fruits sur les intérêts et sur le capital, ce qui implique bien qu'il a pris l'engagement de retirer de la chose tous les fruits qu'elle peut produire. Le débiteur, n'obtenant sa libération qu'au fur et à mesure que la chose donne des fruits, ne peut pas être considéré comme ayant consenti à ce que son créancier laissât la chose improductive.

319 *bis*. II. Comment le créancier traitera-t-il la chose pour en retirer des fruits? Il devra administrer comme un bon père de famille, c'est-à-dire employer un des procédés ordinaires d'usage produisant des fruits, il pourra cultiver lui-même une terre, sans en altérer la substance, ou il pourra l'affermer; s'il s'agit d'une maison, il aura le droit de la louer pour en retirer des fruits civils, ou de l'habiter lui-même, sauf à faire fixer par convention ou par jugement la valeur locative de l'immeuble. Puisqu'il est certain qu'il peut cultiver une terre, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas aussi bien exercer lui-même le droit de jouir d'une maison.

320. Les contributions, ou autres prestations annuelles, sont des charges de fruits qui diminuent de plein droit la jouissance : à moins donc de convention contraire, ce n'est que déduction faite de ces charges que les fruits doivent être censés affectés au paiement du créancier. La même règle s'applique naturellement aux réparations d'entretien. Bien plus, le créancier obligé à restituer la chose, et tenu, comme tel, de veiller à sa conservation, doit, à peine de dommages-intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires. Mais, suivant le principe ci-dessus, toutes les

dépenses qu'il fait pour acquitter ces diverses charges sont par lui prélevées sur les fruits, dont l'excédent seulement est alors appliqué à la libération du débiteur. V. art. 2086.

320 *bis.* I. Les charges qui pèsent sur l'antichrésiste en vertu des deux alinéas de l'article 2086 ne lui sont pas imposées à titre définitif. L'article l'autorise à les prélever sur les fruits; par conséquent il peut être obligé d'en faire l'avance, mais il les recouvrera quand il aura fait des perceptions de fruits. Il est clair en effet que le contrat ayant pour but de fournir au créancier le moyen de se payer de ce qui lui est dû par la perception successive des fruits, ce créancier ne peut être contraint à imputer sur sa créance que le produit net de ces fruits. S'il faisait par exemple une récolte d'une valeur de 1,000 francs ou s'il a perçu 1,000 francs pour loyer d'une maison et qu'il fallût diminuer la créance de pareille somme, sans tenir compte de 50 francs avancés pour les contributions ou pour travaux nécessaires de conservation, il se trouverait ne recevoir que 950 francs en paiement de 1,000 francs, et la garantie qu'il aurait cru trouver dans l'antichrèse l'empêcherait de toucher le montant intégral de sa créance.

320 *bis.* II. Nous comprendrons les frais de culture dans les charges annuelles d'une terre, le salaire d'un concierge dans les charges annuelles d'une maison. Ces dépenses sont ordinairement supportées par celui qui a droit aux fruits (art. 548), l'usufruitier par exemple ou le fermier supporte les frais de culture de la terre dont il récolte les fruits (sauf en ce qui concerne l'usufruitier, pour les frais faits dans la dernière année, la règle spéciale de l'article 585), mais la situation d'un usufruitier ou d'un fermier n'est pas celle d'un antichrésiste, celui-ci n'a pas la chance de faire un bénéfice sur les fruits; tout ce qu'il récolte, il l'impute sur sa créance, ceux-là ont un droit qui leur donne des chances de véritable gain, les frais de culture qu'ils font sont une mise qu'ils exposent pour gagner; pour l'antichrésiste au contraire les frais de culture sont une sorte d'avance qu'il fait pour le propriétaire dont il est mandataire, et le bénéfice possible sur les récoltes advient tout entier au propriétaire qui est libéré de sa dette, jusqu'à concurrence du produit net de l'immeuble.

320 *bis.* III. Le Code n'a parlé que de l'entretien et des réparations utiles ou nécessaires de l'immeuble. Nous ferons immédiatement

remarquer que sa formule ne comprend pas ce qu'on entend d'ordinaire par des *dépenses* utiles, c'est-à-dire des dépenses d'amélioration; pour que l'antichrésiste ait le droit de prélever des dépenses faites, il faut qu'elles aient le caractère de dépenses d'*entretien* ou de dépenses de *réparation*, le sens du mot utiles est précisé et limité par le mot dont il est le qualificatif. Il sert à indiquer qu'il ne faut pas absolument que les réparations aient été indispensables, mais qu'il suffit qu'elles aient été opportunes.

320 *bis*. IV. Dans les réparations *nécessaires*, nous comprendrons les grosses réparations. La loi n'a pas fait ici, en effet, la distinction qu'elle a établie en matière d'usufruit, divisant les réparations en réparations d'entretien et grosses réparations pour n'imposer à l'usufruitier que les réparations d'entretien. Elle a, il est vrai, parlé de l'entretien, mais avant de parler des réparations; l'entretien, dans ce sens-là, c'est le soin de la chose, le soin préventif qui, par certaines dépenses, empêche les dégradations, et par conséquent rend inutiles les réparations. Ainsi faire curer des tuyaux ou des canaux pour empêcher des engorgements, visiter des toitures pour prévenir l'enlèvement des ardoises ou du zinc par les grands vents, tailler les arbres d'un parc pour maintenir la perspective des avenues, faire placer un paratonnerre sur un édifice, c'est chercher à prévenir les dégradations, ce n'est pas encore réparer.

320 *bis*. V. Quand la loi traite des réparations, elle les divise en réparations utiles et réparations nécessaires. Quoi de plus nécessaire que ce que la loi appelle les grosses réparations (art. 606)? Donc ces réparations sont au nombre de celles que doit faire l'antichrésiste. Il ne faut pas s'en étonner ni signaler une antinomie entre cette décision et celle de l'article 605. L'antichrésiste, s'il fait ces dépenses, en prélèvera le montant sur les fruits pendant le nombre d'années nécessaire; certes, il résultera de ce prélèvement un retard en ce qui concerne l'acquittement de la créance première; mais comme son droit de jouissance ne finit que lors de l'acquittement total de cette créance, il est sûr de recouvrer tôt ou tard les frais qu'il aura faits; tandis que l'usufruitier dont le droit est viager n'aurait aucune certitude quant au recouvrement des dépenses considérables qu'il aurait pu faire. Si d'ailleurs la charge de l'avance paraît trop lourde au créancier antichrésiste, l'article suivant lui fournira le droit de s'y soustraire, en renonçant à l'antichrèse. Au fond, notre décision est inspirée par les principes qui régissent la

matière de l'usufruit. Le propriétaire, n'ayant pas promis de faire jouir l'antichrésiste, n'est pas tenu de remettre en bon état la chose qui dépérit, l'antichrésiste n'en est pas tenu non plus, puisqu'il peut abandonner la jouissance; sous ce double rapport, sa position se rapproche de celle de l'usufruitier, la seule différence, entre eux, porte sur un détail. Si l'antichrésiste ne manifeste pas qu'il veut renoncer à son droit, la loi suppose qu'il accepte la charge d'avancer les sommes nécessaires aux grosses réparations, supposition plus admissible quant à lui, que quant à l'usufruitier, puisque nous avons démontré qu'il a devant lui un avenir certain qui manque complétement à l'usufruitier.

320 *bis*. VI. Les dépenses d'une année pour les contributions ou autres charges annuelles, comme aussi pour l'entretien ou les réparations, peuvent dépasser la somme produite par les fruits de cette année; en pareil cas, le droit de prélèvement sur les fruits de l'année ne suffit pas pour couvrir l'antichrésiste de ses avances, on a écrit et jugé qu'alors l'antichrésiste aurait une action contre le propriétaire de l'immeuble (1). Nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi. Nous voyons d'abord un préjugé contre la décision qui donne l'action dans le silence du Code sur ce point. De plus, le refus de cette action peut bien s'appuyer sur une saine interprétation de la convention des parties. Celui qui a constitué l'antichrèse n'a pas donné purement et simplement un mandat d'administrer la chose, d'où résulterait l'action *mandati contraria* pour la répétition des dépenses faites en exécution du mandat. Il a autorisé à faire ces dépenses, mais à la condition qu'elles seraient couvertes par des prélèvements sur les revenus affectés pour une durée indéfinie au paiement de la dette primitive et de ses accessoires. Le constituant, qui apparemment n'a pas de ressources pécuniaires abondantes puisqu'il emprunte sur nantissement, n'entend pas se charger de fournir des fonds, même dans l'intérêt de sa propriété. Toute avance faite par l'antichrésiste se remboursera sous forme de prélèvement; si l'antichrésiste trouve dangereux de faire ces avances en vue d'un remboursement futur, mais lointain, il est maître de renoncer à sa jouissance lorsque vient le moment de faire la dépense qui lui paraît excessive. Pourvu qu'il ne laisse pas aggraver la situation en ne faisant sa renonciation que lorsque la dépense aurait dû être faite

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 525. Édit. 1856.

depuis longtemps, il échappe à l'obligation que lui impose, sous peine de dommages et intérêts, l'article 2086.

321. L'antichrèse étant un nantissement autorise évidemment le créancier à conserver jusqu'au paiement intégral la chose remise à ce titre. Mais comme ce n'est qu'un nantissement, par conséquent un droit établi dans l'intérêt du créancier, celui-ci peut y renoncer. Ainsi, à moins de convention contraire, il peut sans difficulté, pour se dispenser des charges qui accompagnent la jouissance, remettre, quand bon lui semble, cette jouissance au débiteur. V. art. 2087.

321 *bis*. I. Le droit de retenir la chose soumise au droit d'antichrèse jusqu'à l'entier acquittement de la dette, implique le droit de la retenir jusqu'au remboursement des dépenses faites d'après l'article précédent, puisque ce remboursement doit s'effectuer par des prélèvements sur les fruits, d'où il résulte que le paiement de la dette primitive ne peut commencer qu'après que toutes les sommes dues, en vertu de l'article 2086, ont été recouvrées.

321 *bis*. II. Nous retrouvons ici la difficulté que nous avons étudiée à propos du gage : l'action en restitution de l'immeuble ne devient prescriptible qu'à partir du jour où la dette a été éteinte, mais nous n'en concluons pas que la dette elle-même soit imprescriptible, tant que l'immeuble reste en la possession du créancier antichrésiste. Les raisonnements que nous avons faits au n° 312 *bis*. II-VII peuvent être reproduits ici avec la même force. Le fait de laisser l'immeuble en la possession du créancier ne ressemble en rien à ce que la loi appelle une reconnaissance de la dette qui interromprait la prescription. Il n'a pas, quant à la dette, le caractère de précision et de certitude que demande la loi, pour qu'un acte interrompe la prescription. On peut hésiter sur la pensée du propriétaire qui ne redemande pas sa chose, peut-être même ne pense-t-il pas à cette chose dont il ignore qu'il est propriétaire. Ce n'est pas là l'acte de reconnaissance d'une dette dont parle l'article 2248 et qui équivaut à une citation en justice, à un commandement ou à une saisie. L'inaction du propriétaire ressemble si peu à une interruption qu'on arrive à lui donner les effets d'une suspension, puisqu'on y voit une interruption continue, c'est-à-dire qui se renouvelle à tous les instants pendant une longue période de temps. On a dit, il est vrai, qu'il y avait une raison spéciale qui rendait évidente, en cas d'antichrèse, la

solution que nous combattons : la perception des fruits de l'immeuble constituerait un exercice successif du droit de créance s'opposant au cours de la prescription (1). Cet argument, selon nous, est fondé sur une appréciation erronée du fait qui constitue l'exercice du droit de créance. Certes, quand on parle d'un droit réel qui peut périr par non usage, l'exercice de ce droit qui empêche qu'il ne se perde *non utendo* consistera en des actes matériels sur la chose grevée du droit, actes qui ne mettront pas celui qui exerce le droit en rapport avec la partie qui a intérêt à l'extinction de ce droit. De même, quand il s'agira d'une prescription à fin d'acquérir, les actes d'exercice du droit de propriété ne mettront pas celui qui prescrit en rapport direct avec le propriétaire contre qui il prescrit; dans le premier cas, je passe sur votre champ; dans le deuxième cas, je le cultive sans aucun contact avec vous. Mais il s'agit, dans ces diverses hypothèses, d'exercer des droits réels, c'est-à-dire des droits qui existent indépendamment de la personne contre qui l'on peut avoir un jour intérêt de les invoquer, l'exercice du droit se fait *in rem* comme le droit existe *in rem.* Mais, dans l'hypothèse que nous examinons, il s'agit de la prescription libératoire d'une obligation, de l'extinction d'un droit personnel. La théorie alors est tout autre : la prescription a lieu par le simple laps de temps sans possession, c'est-à-dire sans exercice d'un droit contraire au droit qu'il s'agit d'éteindre, et comment se conserve le droit, non pas par des actes quelconques d'exercice, mais par des actes énumérés restrictivement au chapitre des interruptions de prescription. La reconnaissance de la dette est un de ces actes, nous avons déjà montré qu'il était difficile de voir une reconnaissance dans l'inaction du propriétaire de l'objet donné en antichrèse.

321 *bis.* III. Cette inaction, qui n'est pas une reconnaissance, n'implique pas de la part du créancier un exercice du droit; nous allons le démontrer pour ceux qui seraient tentés d'admettre que tout acte d'exercice du droit interrompra une prescription libératoire. Le droit de créance, comme droit personnel, ne peut être exercé que par un fait qui met en rapport le créancier et le débiteur, il faut que le créancier contraigne le débiteur à exécuter l'obligation, ou au moins qu'il essaye de le contraindre; lorsque ce créancier agit matériellement sur une chose qu'il détient, il ne se met pas en rap-

(1) V. Aubry et Rau, t. III, p. 520, n° 11. Édit. 1856.

port avec son débiteur, par conséquent il n'exerce pas le droit de créance, et c'est certes commettre un abus de mot que de dire : la perception des fruits constitue un exercice successif du droit de créance, puisque le droit de créance en lui-même ne donne pas le droit de percevoir directement les fruits d'un bien appartenant au débiteur.

La solution que nous proposons a cet avantage de ne pas empêcher une prescription en vertu de faits que le débiteur peut ignorer, alors que le système général du Code sur les interruptions est de vouloir qu'elles soient nécessairement connues du débiteur.

321 *bis*. IV. Le droit de renoncer au nantissement, soit pour ne pas supporter les charges trop onéreuses de la jouissance, soit pour ne pas rester gardien de la chose d'autrui, appartient si naturellement au créancier antichrésiste nanti, qu'on ne voit même pas comment le créancier aurait pu se dépouiller de ce droit par une clause du contrat d'antichrèse. Comment un créancier qui cherche des garanties de paiement aurait-il eu la pensée de s'obliger à faire des dépenses qui excéderaient les revenus de la chose dont il est nanti, de telle sorte que le nantissement deviendrait une cause d'augmentation de la dette, loin d'être un moyen d'extinction, ce qu'il est nécessairement dans la pensée des deux parties?

Cette renonciation ne doit donc pas se présumer, cependant la loi en parle et elle respecte, à propos d'une convention improbable, la liberté de la volonté des contractants. Le contrat d'antichrèse sera alors absolument dénaturé, car il impliquera de la part du prétendu créancier l'obligation de faire des dépenses sur la chose d'autrui pendant un temps indéterminé, puisque les effets du contrat d'antichrèse ne cesseront qu'à l'extinction de la dette primitive, qui n'aura pas chance d'être éteinte promptement, alors que les dépenses annuelles nécessitées par l'état de l'immeuble dépassent les revenus.

La situation deviendrait alors si onéreuse que le créancier aurait intérêt à faire remise de la dette pour mettre fin à l'antichrèse, et encore le débiteur pourrait-il refuser cette remise de dette en s'appuyant sur l'obligation contractée par le créancier de subvenir aux dépenses annuelles.

321 *bis*. V. Tout cela est bien étrange, et nous avons peine à croire que le législateur a eu en vue la renonciation dont nous parlons en ce moment, c'est-à-dire la renonciation faite dans le contrat au droit

d'user jamais de la faculté consacrée par le 2e alinéa de l'article 2087. Nous pensons que la loi a surtout songé aux renonciations expresses ou tacites qui se produisent pendant la jouissance de l'antichrésiste. Une dépense est devenue nécessaire, le créancier ne l'a pas faite, il a continué à jouir pendant un temps assez long pour faire supposer qu'il acceptait la charge de cette dépense, alors on peut dire que pour cette dépense il a renoncé au droit de restituer l'immeuble; ou bien il a perçu les fruits d'une année; par là même il consent à payer les contributions de cette année. Mais admettre qu'il ne peut pas d'avance renoncer à son droit de nantissement en vue des charges de l'avenir, abandonner la maison en bon état pour ne pas être obligé plus tard de la réparer, la restituer le 1er janvier pour ne pas payer les contributions de l'année qui commence, c'est, il nous semble, exagérer la portée d'une disposition qui n'est pas bien claire et que le législateur a pu écrire à toute autre intention, en vue de faits absolument différents; et nous aimerions à restreindre l'effet de l'article 2087.

321 *bis*. VI. La règle principale de l'article 2087, celle qui accorde au débiteur le droit de reprendre l'immeuble engagé lorsqu'il a payé toute la dette, n'a pas été soumise par la loi à l'exception que l'article 2082, 2e alinéa, apporte au droit du débiteur gagiste qui a payé. L'immeuble donné en antichrèse n'est pas affecté à l'acquittement d'autres obligations, quand même elles seraient nées depuis la constitution de l'antichrèse. Cette sorte d'engagement tacite, résultant de l'article 2082, est quelque chose d'assez exceptionnel, d'assez contraire aux principes du gage, pour que le silence de la loi, en matière d'antichrèse ne permette pas d'étendre à ce contrat la règle édictée pour le gage. Une exception ne s'étend pas même en s'appuyant sur l'analogie des situations; et d'ailleurs les situations ne sont pas analogues; ce n'est pas par oubli, c'est probablement avec intention que le chapitre de l'antichrèse ne dit rien sur ce point. Il y a là une question de crédit; et le crédit immobilier intéresse plus la société et par conséquent le législateur que le crédit mobilier. Le propriétaire sera plus gêné dans la disposition de sa chose, si celle-ci est grevée d'un droit d'antichrèse garantissant plusieurs dettes, dès lors, la loi ne consent pas à supposer une constitution tacite d'antichrèse. Elle attache moins d'importance au crédit que peut donner la propriété d'un meuble, et voilà pourquoi elle a écrit l'article 2082, 2e alinéa.

322. L'antichrèse, pas plus que le gage, ne peut, ni de plein droit, ni par l'effet d'aucune clause, rendre le créancier propriétaire à défaut de paiement, au terme convenu. Il ne paraît pas même que celui-ci puisse faire ordonner en justice que l'immeuble lui demeurera en paiement sur l'estimation. La loi lui réserve seulement, comme à tout autre créancier, le droit de poursuivre l'expropriation. V. art. 2088.

322 *bis*. I. Il est vrai que la loi n'accorde pas aux tribunaux le droit d'opter entre la vente du bien ou son attribution au créancier à dire d'experts, mais rien n'interdit une convention qui créerait cette alternative admise en matière de gage par l'article 2078; l'intervention nécessaire de la justice ôte à cette clause toute ressemblance avec la convention qui rendrait le créancier propriétaire de l'immeuble par le seul fait du défaut de paiement.

322 *bis*. II. Ce qui serait interdit, non pas par le Code civil, mais par le Code de procédure (loi de 1841, art. 742), c'est la clause qui permettrait au créancier de faire vendre le gage sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, cette convention n'est autre chose que la clause d'exécution parée, proscrite par la loi de 1841. Dans le même esprit et à raison de l'intention manifestée dans la discussion de cette loi, il faut déclarer nulle la convention qui autoriserait le créancier à devenir propriétaire faute de paiement à la charge de faire estimer le prix par experts. On échappe ainsi aux formalités de la saisie et de la vente, ce qui donne à la clause un caractère plus dangereux encore qu'à la clause d'exécution parée, et le débiteur n'est même pas protégé par l'intervention de la justice, comme dans une des hypothèses que nous venons d'examiner.

323. Au nombre des clauses réprouvées dans le contrat de nantissement, la jurisprudence de la plupart des parlements plaçait autrefois l'antichrèse proprement dite, qui consiste dans la compensation pure et simple de tout ou partie des fruits avec les intérêts. Cette clause, sans doute, est très-propre à couvrir une usure illicite; et toutefois on conçoit que dans le cas même où les fruits se trouveraient par événement excéder le montant de l'intérêt légitime, la compensation peut n'avoir rien d'inique, à cause de l'incertitude de l'ac-

quisition des fruits. A plus forte raison notre Code, qui ne limitait point le taux de l'intérêt conventionnel, devait-il à cet égard ratifier la convention des parties. V. art. 2089. Mais depuis que le taux de l'intérêt a été fixé, il est évident que cette convention ne peut plus être maintenue comme non prohibée par les lois, s'il n'existe une certaine proportion entre le revenu probable du bien concédé à titre d'antichrèse, et l'intérêt au taux légal.

323 *bis*. Nous avons parlé de cette clause au n° 316 *bis*. II, et nous l'avons déclarée illicite. En effet, le Code civil, dans l'article 2089, ne la valide qu'en apparence, il semble douter de son caractère licite, et remettre aux jurisconsultes le soin de vérifier si elle est ou non conforme aux lois; avant la loi du 3 septembre 1807, elle n'était pas condamnée à raison du taux peut-être excessif de l'intérêt, et c'est pour cela qu'on a paru la valider, par une phrase analogue à celle de l'article 1907 qui reconnaît la liberté du taux en matière d'intérêt, tout en laissant deviner une future prohibition. Néanmoins, cette phrase ambiguë permettait de rechercher et de trouver dans l'article 1907, 2e aliéna, la cause de nullité. Aujourd'hui que la convention est d'autant plus dangereuse que le taux de l'intérêt n'est plus illimité, nous pouvons d'autant mieux nous servir de ce deuxième alinéa de l'article 1907 pour annuler une convention interdite autrefois et que le Code civil n'a déclarée exécutable qu'avec des restrictions qui annihilent sa disposition apparente.

324. La nature du contrat de nantissement, commune à l'antichrèse et au gage, rend évidemment applicable à l'antichrèse, et la disposition qui permet à un tiers de fournir le gage pour le débiteur (art. 2077), et celle qui consacre l'indivisibilité de gage (art. 2083). V. art. 2090.

325. De tout ce qui précède il résulte que l'antichrèse impose virtuellement au débiteur l'obligation de laisser jouir le créancier, sous les conditions convenues, jusqu'à parfait paiement. Il ne paraît même pas douteux qu'à cette obligation ne se joigne celle de garantir des troubles et évictions. Mais l'antichrèse produit-elle quelque effet à l'égard des tiers? Il est certain d'abord qu'elle ne peut préjudicier aux droits antérieurement acquis, droits que l'aliénation même

du fonds ne ferait pas évanouir; il n'est pas moins certain qu'elle ne confère point par elle-même un droit de préférence, car ce droit n'est attaché qu'aux privilèges et hypothèques légalement établis. Seulement elle ne fait point obstacle à l'exercice des privilèges ou hypothèques qui pourraient appartenir d'ailleurs au créancier muni à ce titre, c'est-à-dire à l'antichrésiste. V. art. 2091. Du reste, ce créancier acquérant la faculté de percevoir les fruits sous les conditions exprimées par la loi (art. 2085), on ne peut, selon moi, sans dépouiller l'antichrèse du caractère de nantissement, s'empêcher de voir dans cette *faculté* un véritable droit de jouissance au préjudice duquel il ne peut être consenti ni aliénation, ni hypothèque, et qui doit à plus forte raison être respecté par les simples créanciers chirographaires. Ainsi, dans ce système, l'antichrèse confère un droit réel, différent sans doute du droit de gage, mais qui peut comme lui être opposé aux tiers; on ne verrait même pas pourquoi, s'il en était autrement, la loi exigerait d'une manière spéciale que l'antichrèse fût établie par écrit (art. 2085); v. aussi C. comm., art. 446, al. dern.

325 *bis*. I. La loi s'occupe, dans l'article 2091, de la situation du créancier antichrésiste à l'égard des tiers; elle n'envisage, au reste, qu'une des faces de la question; elle suppose que les tiers avaient des droits sur l'immeuble remis à titre d'antichrèse, et par ces expressions elle montre qu'elle songe à des droits antérieurs à la constitution de l'antichrèse.

Ces tiers sont des créanciers hypothécaires inscrits avant la constitution de l'antichrèse ou ayant un rang antérieur à cette époque indépendamment de l'inscription; ce peuvent être des acquéreurs de droits réels en vertu d'actes produisant leurs effets depuis un temps antérieur au contrat d'antichrèse. Par rapport à ces personnes il ne peut pas y avoir de doute, quelle que soit la nature du droit de l'antichrésiste, ce droit est primé par celui des personnes qui avaient des droits réels sur la chose avant sa naissance. S'il a lui-même un droit réel, c'est parce que ce droit n'a pu lui être concédé que sous la réserve des droits préexistants; s'il n'a qu'un droit personnel, c'est qu'il ne peut le faire valoir que contre celui qui le lui a concédé et non contre toute autre personne.

Dans l'hypothèse où le Code suppose que le droit d'antichrèse cède devant des hypothèques antérieures, il ajoute surabondamment que si le créancier a indépendamment de son antichrèse quelque hypothèque, sur l'immeuble, il exercera cette hypothèque à son rang. Il serait étrange, en effet, que l'imperfection de l'un de ses droits rendît l'autre imparfait.

325 *bis*. II. Le Code n'a pas fait la comparaison entre le droit de l'antichrésiste et ceux des créanciers chirographaires, des créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la naissance de l'antichrèse et des acquéreurs, soit de la propriété, soit d'un droit réel en vertu d'actes n'ayant effet qu'à une date également postérieure à la naissance de l'antichrèse.

Si l'on traite l'antichrésiste comme un simple créancier, n'ayant de droit que contre la partie avec qui il a contracté, on donnera aux créanciers chirographaires le droit de saisir et de faire vendre l'immeuble, et l'on validera toutes les aliénations ou constitutions de droits réels qui auront eu lieu du chef du propriétaire débiteur postérieurement à la naissance de l'antichrèse. En principe, un simple créancier ne peut pas faire obstacle aux actes de disposition émanés du débiteur, donc ces aliénations ou constitutions de droits réels détruiront ou amoindriront les droits de l'antichrésiste. Mais il n'en est pas ainsi; l'antichrésiste est nanti, c'est-à-dire qu'il a une surêté réelle, il n'est pas réduit à une simple action personnelle contre son débiteur, action qui ferait double emploi avec celle qui est née de la créance et qui n'augmenterait en rien ses sûretés quand le débiteur est insolvable.

325 *bis*. III. Pour que l'antichrèse soit un véritable nantissement, il faut bien admettre que le créancier a un droit de *retenir* la chose, une sorte de droit de possession, il ne s'agit pas de la possession proprement dite, mais de la possession à titre de gage. C'est le droit de *rétention*, nous en avons parlé au tome IX. Nous avons établi alors que ce droit consiste dans la faculté de retenir la chose jusqu'au paiement et de s'en approprier les fruits, qu'il constitue un droit de préférence en ce sens que les créanciers chirographaires et même les créanciers hypothécaires postérieurs en rang ne peuvent pas dépouiller le créancier de sa possession; mais que la préférence ne s'exercerait jamais sur le prix si le bien était vendu, que d'ailleurs les créanciers conserveraient le droit de faire vendre, pourvu qu'ils réservassent la possession de l'antichrésiste.

Nous ajoutons que les acquéreurs de la propriété ou d'un droit réel ont acquis valablement leur droit, mais qu'ils doivent également respecter le possesseur à titre d'antichrèse.

Nous avons également exposé au tome IX (1) les arguments tirés de l'article 446, C. Com., et de l'article 2, n° 1, l. du 23 mars 1855, qui établissent certainement que, dans la législation actuelle, le droit d'antichrèse, pourvu que l'acte constitutif ait été transcrit, peut être opposé aux tiers qui acquièrent postérieurement des droits sur l'immeuble (2).

(1) V. t. IX, n° 5 *bis*. I et II

(2) Les titres XVIII et XIX, *des Priviléges et hypothèques* et *de l'expropriation forcée*, sont l'objet du tome IX.

TITRE VINGTIÈME.

DE LA PRESCRIPTION.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

326. Le mot *prescription* qui, dans la loi romaine, ne désignait qu'une restriction particulière de la formule de l'action, ainsi nommée parce qu'elle s'écrivait avant la formule (*Gaius*, Inst., 4-132), est aujourd'hui bien détourné de sa signification primitive. Ce mot qui, dans la suite, s'était confondu avec celui d'*exception*, ne désignait pas d'une manière spéciale l'exception fondée sur le laps de temps : on disait prescription *de long temps*, prescription de trente ou quarante ans, comme on disait prescription de la chose jugée (v. L. 11. D. *de except. et præscript.*). Du reste, il est évident que la prescription fondée sur le laps de temps, comme toute autre prescription, n'était qu'un moyen libératoire. Mais ce moyen équivalant, dans certains cas, à l'*usucapion*, on a fini par les confondre : si bien que, chez nous, non-seulement le mot prescription, employé seul, emporte avec lui l'idée du laps de temps, mais qu'il désigne également un moyen d'acquérir et un moyen de se libérer sous certaines conditions jointes à ce laps de temps. V. art. 2219, et remarquez que la prescription, soit à l'effet d'acquérir, soit à l'effet de se libérer, a cela de commun, qu'elle est toujours fondée sur un certain laps de temps et sur l'accomplissement de certaines conditions. Du reste, ces conditions diffèrent suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre prescription.

326 *bis*. I. L'article 2219 définit la prescription, un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les

conditions déterminées par la loi. Le Code rapproche ainsi deux idées qu'il a déjà presentées dans les articles 711 et 1234, où la prescription est comprise d'abord dans les moyens d'acquérir, ensuite dans les modes d'extinction des obligations. Son but est d'affirmer l'unité d'une institution qui peut se présenter sous deux physionomies diverses avec des effets différents, mais qui, sous ses deux aspects, découle de la même nécessité sociale, opère de la même façon, et est soumise presque entièrement aux mêmes règles. Le législateur trouve aussi la facilité de ne s'expliquer qu'une seule fois sur les règles communes, sauf à détacher les règles spéciales à l'un ou à l'autre genre de prescription.

326 *bis*. II. En qualifiant la prescription, un moyen d'acquérir ou de se libérer, la loi emploie une forme de langage qui montre bien le résultat pratique de la prescription, mais qui ne laisse pas de soulever de sérieuses objections. Elle montre, en effet, la prescription sous un aspect défavorable au point de vue moral, car si l'acquisition et la libération ne proviennent, en réalité, que de l'expiration d'un laps de temps, la loi semble ne jamais venir en aide au droit, mais être toujours la consécration d'une injustice.

Il résulterait, en outre, de la définition légale que l'acquisition ou la libération date seulemeut du jour où le temps a été accompli; si bien que celui qui bénéficie de la prescription acquisitive, n'aurait pas été propriétaire avant cette époque et n'aurait pas constitué sur la chose de droits valables; que de même, celui qui se prévaut de la prescription libératoire était débiteur jusqu'à l'échéance de la prescription et pourrait être poursuivi pour des intérêts échus avant cette époque et non encore prescrits. Ces conséquences de la formule légale ne sont admises par personne, parce que si on les admettait, la prescription perdrait une partie de l'utilité qu'elle a comme institution d'intérêt social. On laisserait subsister le droit de réveiller des prétentions anciennes difficiles à combattre et inquiétantes pour la sécurité des patrimoines.

La loi aurait donc mieux exprimé sa pensée si elle avait, en définissant la prescription, fait comprendre qu'elle est au fond une présomption d'acquisition ou une présomption de libération. Mais c'est là une critique purement théorique, car on n'a jamais tiré de la formule légale une de ces conséquences dangereuses qu'on pourrait à la rigueur en déduire.

326 *bis*. III. Laissant de côté la question de mots, nous devons

reconnaître que la prescription à l'effet d'acquérir a pour effet de consolider un droit de propriété ou un autre droit réel exposé à une éviction, et que la prescription à l'effet de se libérer fournit à un prétendu débiteur un moyen de repousser une action par cela seul que celui qui l'intente a négligé, pendant un certain temps, de l'exercer. Ces deux prescriptions, différentes dans leurs effets, ont cela de commun qu'elles s'accomplissent par le laps de temps, mais elles sont soumises à certaines règles différentes : ainsi la prescription à fin d'acquérir a pour condition essentielle la possession de la chose, tandis que la prescription à fin de se libérer suppose seulement l'inaction de celui contre qui elle s'accomplit. C'est à raison de cette différence importante que le Code, dans la définition commune qu'il donne des deux prescriptions, a employé cette expression vague : *et sous les conditions déterminées par la loi.*

326 *bis.* IV. Entre ces deux prescriptions, il faut reconnaître qu'il en existe une troisième d'une nature ambiguë, participant à la fois de la prescription acquisitive et de la prescription libératoire. C'est une fin de non recevoir opposée à une action réelle par un défendeur qui n'a pas acquis par prescription, c'est-à-dire par possession, la chose sur laquelle le droit est prétendu. Ainsi, le possesseur d'un meuble volé peut, après trois ans, sans avoir possédé pendant ces trois ans, repousser la revendication du propriétaire victime du vol (art. 2281). De même nous voyons que le propriétaire d'un fonds qui a été grevé d'usufruit ou de servitude, repousse l'action du prétendu usufruitier ou du propriétaire de fonds prétendu dominant, lorsqu'il y a eu non usage pendant trente ans du droit revendiqué. Ces droits s'éteignent par le simple non-usage, sans qu'il soit nécessaire que le propriétaire du fonds grevé ait eu une possession contraire à l'usufruit ou à la servitude, par exemple ait joui, pendant trente ans, comme plein propriétaire du fonds dont il n'était pas propriétaire (art. 617 et 706). Ces derniers cas, et d'autres semblables, ne sont pas réglementés par le titre de la prescription. Il suffit d'avoir réservé ce qui les concerne; ils doivent être étudiés sur les différents articles qui y sont consacrés.

326 *bis* V. Quand on a établi ce que c'est que la prescription, il faut rechercher le fondement de cette institution, qui peut paraître injuste et immorale.

Certes, la loi n'a pas eu pour but de venir en aide aux usurpateurs de propriétés ou aux véritables débiteurs qui cherchent les

moyens de ne pas payer ce qu'ils doivent. Si ces possesseurs ou ces débiteurs profitent des lois sur la prescription, ce n'est qu'accidentellement et comme en passant dans la foule de ceux que la loi a voulu et a dû vouloir protéger. Ceux-ci sont les personnes qui ont un droit et qui ne peuvent le prouver, ou qui sont libérées d'une obligation et qui ne peuvent établir leur libération.

326 *bis*. VI. En parlant de ces deux classes de personnes, nous mettons en évidence le principal motif de l'institution que nous étudions. Il faut, dans un intérêt économique, mettre un terme à l'incertitude qui pourrait planer sur l'état réel des fortunes. Si une personne n'est pas sûre de la propriété des biens qu'elle possède, elle n'osera ni les améliorer ni les aliéner, et rien n'est plus antiéconomique que les règles légales qui immobilisent les biens dans les mêmes mains ou qui empêchent de les rendre plus productifs. Il est certain également que si une personne qui se croit libérée d'une obligation sait en même temps qu'elle a perdu la preuve de cette libération, elle se sent exposée à des poursuites qui l'obligent à garder des fonds disponibles pour faire face à la réclamation possible, et par conséquent elle immobilise ainsi des valeurs qu'elle pourrait employer avantageusement pour elle et pour le développement de la richesse sociale.

Il est un intérêt social d'un autre ordre qui justifie également l'institution de la prescription. Il ne faut pas éterniser les différends entre particuliers, leur extinction intéresse la paix sociale, et leur perpétuité exposerait en outre la justice à commettre des erreurs regrettables, car le temps détruit les preuves, et les juges manqueraient des éléments nécessaires pour juger. Or, la bonne administration de la justice est un besoin des sociétés, et l'on ne saurait sans danger soumettre la décision des procès aux chances du hasard.

Voilà les différents buts que vise l'institution de la prescription; ajoutons qu'elle n'est pas seulement utile, qu'elle a un fondement équitable, car il y a probabilité que celui qui est repoussé dans ses prétentions au moyen de la prescription, c'est-à-dire qui les élève si tardivement, a par son inaction même reconnu que son droit n'existait pas ou n'existait plus.

326 *bis*. VII. Ces considérations sont si puissantes, que la prescription est admise dans toutes les législations, et qu'il ne faut pas y voir un privilège des Français en France, *jus proprium civitatis*. Puisque les étrangers peuvent être chez nous propriétaires, la France

est aussi intéressée économiquement à la certitude de leurs propriétés et de leurs patrimoines, en général, qu'elle ne l'est à la certitude des droits appartenant à des Français; elle a de plus, dans les contestations qui concernent les étrangers, le même intérêt à ce que la justice soit administrée dans des conditions qui n'éloignent pas trop de la vérité la présomption *res judicata pro veritate habetur*.

327. L'ordre public est intéressé à ce que chacun puisse, à son gré, lorsque les conditions sont remplies, user du moyen de la prescription. On n'y peut donc renoncer à l'avance; mais chacun doit rester maître de n'en pas user contre sa conscience; on peut donc renoncer à la prescription acquise. V. art. 2220.

327 *bis*. I. Après avoir défini la prescription, la loi donne, dans le chapitre 1er, quelques notions préliminaires générales applicables aux deux prescriptions. Elles concernent : 1° la renonciation à la prescription; 2° les choses qui peuvent être prescrites.

L'article 2220 pose le principe sur la renonciation à la prescription, il contient deux règles : 1° on ne peut renoncer d'avance à la prescription; 2° on peut renoncer à la prescription acquise.

Par la première règle, la loi défend à une partie de déclarer d'avance qu'elle s'oblige à n'invoquer jamais la prescription. Si une pareille convention était autorisée, la prescription ne fonctionnerait pour ainsi dire jamais, et les résultats économiques et moraux que la loi en attend ne se produiraient pas. Les procès s'éterniseraient, les patrimoines seraient incessamment et indéfiniment menacés de graves perturbations, la justice serait sans cesse appelée à juger sur des contestations d'une origine si ancienne qu'elle statuerait sans être éclairée. Il est clair en effet qu'une telle convention, si elle est permise, deviendra fréquente. Quel est le créancier qui n'exigera pas cette promesse de son futur débiteur? et quel est le débiteur qui la refusera, d'abord parce qu'il subit toujours l'influence de celui qui lui fait crédit et ensuite parce qu'il ne croit pas renoncer à un droit bien important, l'inaction de son créancier pendant tout le temps requis pour la prescription lui paraissant invraisemblable? La clause passerait dans le style, et elle n'en serait acceptée que plus facilement. Petit à petit, l'institution de la prescription serait détruite en fait.

Nous le faisons immédiatement remarquer, c'est surtout en

matière de prescription libératoire que nous raisonnons, c'est là seulement qu'on peut comprendre comment interviendrait en fait la renonciation, elle aurait lieu au moment du contrat qui donne naissance à la dette.

327 *bis*. II. Bien que l'article 2220 soit écrit sous la rubrique *Dispositions générales*, on a peine à comprendre comment pourrait se présenter en fait la situation que prévoit sa première partie, s'il s'agissait de prescription afin d'acquérir. Comment comprendre qu'un possesseur renonce à se prévaloir jamais de la durée de sa possession? Avec qui pourrait-il faire cette renonciation, qui le priverait du droit de prescrire *erga omnes?* Car il faut bien remarquer que la prescription à laquelle il renoncerait est une prescription à fin d'acquérir un droit réel, que par conséquent l'acte ne devrait pas produire des effets seulement par rapport à une personne déterminée, comme la renonciation à une prescription libératoire. L'hypothèse d'une renonciation *in rem*, c'est-à-dire impersonnelle, à la prescription future, n'est donc pas probable; de plus, cet acte paraît bien exclusif de la pensée qui constitue *l'animus domini,* la pensée de se présenter au public comme propriétaire, et si par impossible cet acte s'était produit, il aurait un effet non pas comme acte de renonciation à la prescription future, ce qui est une manifestation de volonté légalement dénuée d'effet, mais comme constatation que l'auteur de cet acte n'avait pas la possession à titre de propriétaire, qui est la condition première et essentielle de la prescription acquisitive.

327 *bis*. III. Si nous songeons à une hypothèse plus pratique, au cas où le possesseur fait un acte de renonciation à la prescription future au profit d'une personne déterminée qui accepte cette renonciation, nous ne devons pas faire rentrer cette hypothèse dans la sphère de l'article 2220. En effet, l'interprétation naturelle de l'acte intervenu entre les deux parties, c'est qu'il contient une reconnaissance du droit de celui au profit de qui il est fait, et que cette reconnaissance est la condition de l'abandon temporaire que celui-ci fait de la jouissance de la chose à l'auteur de la reconnaissance. Dès lors, le détenteur se constitue possesseur pour autrui, il entache sa possession du vice de précarité qui, nous le dirons plus tard, rend la prescription impossible, non-seulement par rapport à celui dont le droit a été reconnu, mais d'une façon absolue, *erga omnes*.

L'acte considéré comme reconnaissance vaut donc, tandis qu'il

serait nul si on le traitait comme une renonciation; seulement il n'a pas exactement les mêmes effets qu'une renonciation à la prescription future si elle était valable. Il laisse subsister une chance de prescription, car le vice de précarité peut se purger par l'interversion du titre (art. 2238), et la prescription devient possible, tandis qu'une renonciation qui produirait des effets laisserait à tout jamais la prescription impossible.

327 *bis.* IV. La seconde règle contenue dans l'article 2220 est ainsi formulée : on peut renoncer à la prescription acquise; celle-ci est bien certainement applicable aux deux espèces de prescription, car on peut aussi bien comprendre la renonciation dans les rapports entre un possesseur et un prétendu propriétaire, que dans les rapports entre un prétendu débiteur et son prétendu créancier. Dans les deux cas, celui qui pourrait invoquer la prescription reconnaît la fausseté de la présomption sur laquelle ce mode d'acquisition ou de libération est fondé, il cède à un scrupule de conscience qui lui défend de garder sans preuve la chose d'autrui ou de refuser de payer une dette; dans ce dernier cas, il se reconnaît tenu d'une obligation naturelle; la loi eût été immorale qui aurait empêché ces sacrifices faits par l'intérêt à la conscience. Elle n'eût pas même été déterminée par des considérations d'utilité, car le but principal de la prescription étant de donner aux patrimoines des garanties de certitude, il faut reconnaître que ce but est atteint lorsque le possesseur ou le débiteur renonce à la prescription aussi bien que lorsqu'il oppose la prescription; la certitude de situation se fait dans les deux cas, dans l'un en un sens, dans l'autre en un autre sens, mais le résultat économique que la loi cherche est toujours produit.

La prescription est également destinée à assurer la paix entre les individus, à prévenir les jugements sur des différends trop anciens; la renonciation à la prescription acquise établit mieux encore la concorde entre les parties et met également fin aux contestations.

327 *bis.* V. Si la renonciation à la prescription acquise est un acte qui en soi n'est pas à redouter par le législateur, il faut ajouter qu'il ne présente pas pour son auteur les dangers de la renonciation à la prescription future. Il n'y a pas d'illusion à se faire, l'auteur de l'acte en comprend les conséquences, elles sont immédiates, il n'est pas sous la dépendance de l'autre partie, puis-

qu'il n'a rien à attendre d'elle, et qu'il pourrait repousser toute action intentée par elle. Il agit donc spontanément.

327 *bis*. VI. Nous tirons deux conséquences des idées que nous venons d'exposer : la première, c'est que l'acte dont nous nous occupons ne saurait être considéré comme une donation; que celui qui en profite n'a pas besoin d'avoir la capacité de recevoir à titre gratuit et qu'il n'est assujetti ni au rapport ni à la réduction à raison du bénéfice que la renonciation paraît lui avoir procuré.

327 *bis*. VII. La seconde conséquence, c'est que la prescription n'étant pas encore accomplie, une renonciation peut avoir pour objet le temps qui a couru. Celui qui renonce à une prescription acquise consent à ne pas tenir compte d'un certain nombre d'années qui s'est écoulé et d'où résulterait la prescription; pourquoi ne pourrait-on pas renoncer à jamais invoquer le temps passé, lorsque ce temps, insuffisant pour constituer une prescription acquise, serait nécessairement plus tard un des éléments dont se composerait le nombre d'années constituant une prescription accomplie? Qui peut le plus peut le moins; la renonciation à la prescription commencée ne présente pas les inconvénients que présenterait la renonciation à une prescription future, donc elle est licite.

Ces idées sont au moins certaines en ce qui touche la prescription libératoire car, en matière de prescription acquisitive, la renonciation au droit d'invoquer la possession pendant un certain nombre d'années écoulées donnerait peut-être, comme la renonciation à la prescription future, le caractère de précarité à la possession. Nous ne le pensons pas, toutefois, car cette renonciation peut n'être, de la part du possesseur actuel, qu'une reconnaissance relative à la date de sa prise de possession, constatant que jusqu'à cette époque cette possession n'avait pas les caractères requis pour conduire à la prescription; mais il n'y a rien qui implique d'une façon absolue l'existence du droit de l'autre partie, et par conséquent la précarité de la possession future.

328. La renonciation peut être expresse ou tacite ; il y a évidemment renonciation tacite dans un fait quelconque qui suppose l'abandon du droit ainsi acquis. V. art. 2221.

328 *bis*. I. Il n'est pas besoin de dire en quoi peut consister la renonciation expresse à la prescription. Quant à la renonciation tacite, elle résulte de faits émanés de celui qui a prescrit et qui

supposent qu'il reconnaît la faiblesse de son droit et l'existence du droit de l'adversaire (1). *Exemple :* un prétendu débiteur demande un délai pour payer, ou paye un acompte; un possesseur allègue sa bonne foi pour se faire attribuer les fruits, ou invoque l'article 555 pour se faire indemniser des impenses qu'il a faites sur le fonds. Encore faut-il que ces différents faits se soient accomplis en connaissance de cause, c'est-à-dire que la partie ait connu le moyen qu'elle pouvait invoquer contre la prétention de son adversaire, car si elle l'a ignoré, si elle n'a par conséquent pas su qu'elle pouvait se prévaloir de la prescription, il est impossible d'admettre qu'elle ait renoncé à un droit qu'elle ne connaissait pas. Nous avons développé cette idée à propos des obligations naturelles, et la renonciation à la prescription d'une dette n'est pas autre chose que la reconnaissance d'une obligation naturelle, ce qui suffit pour justifier notre décision en matière de prescription libératoire, et pour nous autoriser à l'étendre au cas de prescription acquisitive, car, dans ce cas comme dans l'autre, il ne peut être question d'une renonciation à un droit qu'autant que l'auteur de cette prétendue renonciation connaissait l'existence de ce droit.

328 *bis*. II. Tout moyen de défense opposé par le possesseur ou le prétendu débiteur ne contiendrait pas une renonciation tacite à la prescription. Ceux qui supposent une négation du droit de l'adversaire sont parfaitement compatibles avec la réserve tacite d'opposer plus tard, si besoin est, la prescription. Ainsi, le défendeur à une action personnelle allègue qu'il n'a pas contracté la dette ou qu'il l'a payée, le possesseur d'un bien conteste le droit de propriété du revendiquant, il ne se prive pas pour cela du droit d'invoquer, au cours de la procédure, la prescription. Sa manière de procéder est au contraire très-logique et parfaitement en harmonie avec les idées du législateur sur la prescription. Nous l'avons dit, la prescription n'est pas destinée à protéger un véritable débiteur contre son créancier, un usurpateur contre un véritable propriétaire. Elle tend à aider ceux qui, ayant le droit pour eux, manquent de moyen de preuves. Elle est la ressource dernière des plaideurs, mais elle peut leur répugner parce que celui qui l'invoque peut être facilement taxé de mauvaise foi. Il est donc naturel qu'une partie cherche à se défendre d'abord, en démontrant l'inanité de la prétention adverse,

(1) V. C. C., 19 août 1878. Sirey, 1879, I, 465.

et qu'elle n'ait recours à la prescription que quand elle découvre l'imperfection de ses preuves. Elle ne se donne pas alors un démenti à elle-même, car la prescription s'appuie sur la probabilité du droit de celui qui a possédé ou n'a pas été actionné pendant le temps voulu, elle suppose qu'il a perdu ses titres de propriété ou de libération; invoquer la prescription, ce n'est donc pas contredire l'allégation première par laquelle il s'est présenté comme propriétaire ou comme débiteur libéré.

329. Cette renonciation étant l'abandon d'un droit acquis, suppose nécessairement dans celui qui la fait la capacité d'aliéner. V. art. 2222.

329 *bis*. I. Il serait inexact de considérer la renonciation comme une aliénation, car il faudrait, si cela était vrai, traiter le renonçant comme l'auteur de l'autre partie, et voir notamment dans le cas de prescription acquisitive une mutation de propriété opérée par la renonciation. Ce n'est pas le point de vue du Code civil. Malgré cela, la renonciation a pour le renonçant les conséquences d'une aliénation, et telle est la raison de l'article 2222.

329 *bis*. II. C'est de la prescription accomplie que traite l'article 2222, quand il parle de prescription acquise. Il faut supposer que le temps requis est entièrement écoulé, c'est bien le cas où la renonciation a des effets analogues, pour le renonçant, à ceux d'une aliénation. Mais il est bien certain que l'article ne donne pas une règle applicable à ce que nous avons appelé la renonciation au temps écoulé, alors que la prescription n'est pas complète. Il est des personnes, comme le tuteur, qui peuvent acquitter une dette, acquiescer à certaines demandes, ces actes-là contiennent en eux-mêmes une renonciation à bénéficier d'un certain temps écoulé depuis l'échéance de la dette, ou d'une possession ayant duré plus ou moins longtemps sans créer le droit à la prescription. Ces actes sont souvent nécessaires et urgents, et il est clair que l'administration du tuteur serait impossible s'il n'avait pas le droit de les accomplir. La loi s'inspire de l'intérêt du mineur en les permettant sans les soumettre aux formalités longues et compliquées qui sont nécessaires au cas d'aliénation (V. art. 464).

330. Chacun restant, en général, maître de renoncer à la prescription acquise, il est naturel que ce moyen ne puisse être suppléé par le juge. V. art. 2223.

330 *bis*. I. Opposer la prescription, c'est quelquefois refuser de payer une dette qui existe, ou s'approprier injustement la chose d'autrui; dans d'autres circonstances, c'est se défendre contre des prétentions injustes contre lesquelles on a perdu les moyens de preuves. D'où cette conséquence que la partie doit rester absolue maîtresse de son option entre s'en prévaloir ou y renoncer; elle doit examiner dans sa conscience ce qu'elle pense de sa prétention et de celle de l'adversaire, elle fait son choix sous sa propre responsabilité. Voilà pourquoi les juges ne peuvent pas se substituer à elle et lui donner gain de cause par un moyen de droit qu'il lui répugne de faire valoir. Les juges, d'ailleurs, ne peuvent pas être au courant de toutes les circonstances de fait, ils peuvent par exemple ignorer les causes de suspension et d'interruption qui se sont produites, et sont alors exposés à admettre comme accomplie une prescription qui n'est pas arrivée à son terme légal.

330 *bis*. II. Notre règle cependant n'interdit pas au ministère public d'opposer, dans les causes qui lui sont communicables, la prescription, du chef des personnes dont les intérêts lui sont confiés par la disposition même de la loi, qui ordonne que les affaires lui soient communiquées (V. art. 83-1°, 6°, 7°, C. Pr.). Le ministère public est chargé alors de compléter la défense, de se substituer en quelque sorte aux représentants des personnes qui ne se défendent pas suffisamment par elles-mêmes. Comme ces représentants n'auraient pas, d'après l'article précédent, le droit de renoncer à la prescription, il est tout naturel que le ministère public, en opposant ce moyen, fasse ce que devait faire l'administrateur, le mari, le tuteur ou le curateur. Il y a plus, quelques-unes des personnes dont s'occupe l'article 83 auraient, si la prescription n'avait pas été invoquée, la voie de la requête civile pour faire rétracter le jugement (art. 481, C. Pr.).

331. Mais une renonciation ne pouvant facilement se présumer, et l'intention de renoncer à la prescription ne résultant pas nécessairement de ce que la partie aurait cherché à établir sa libération ou sa propriété par d'autres moyens, il est clair que, s'il n'y a pas d'ailleurs des circonstances d'où l'on doive induire la renonciation, la prescription peut être opposée tant qu'il n'y a pas chose jugée en dernier ressort, par conséquent, même en appel. V. art. 2224.

331 *bis*. I. Il n'y a pas de délai fixé pour faire valoir la prescription, et alors même qu'une demande a été intentée, qui pourrait être repoussée par ce moyen, il n'y a pas nécessité de l'employer tout d'abord *in limine litis*, comme cela est exigé pour certaines exceptions de procédure. On comprend que la partie préfère gagner son procès par la démonstration positive de son droit ou par la négation démontrée du droit de l'adversaire; sa conscience en sera plus tranquille et sa réputation plus intacte. On comprend par conséquent qu'elle essaye de tous les autres moyens qu'elle a à sa disposition, et qu'elle réserve celui-là comme sa dernière arme en un cas désespéré. Voilà pourquoi non-seulement elle peut invoquer la prescription jusqu'au jugement, mais encore devant le tribunal d'appel, si l'affaire est de nature à subir les deux degrés de juridiction; l'espoir de faire triompher les autres moyens ayant pu raisonnablement durer jusqu'au jugement qui les a repoussés. En cassation, la prescription ne pourrait pas être opposée, puisque les tribunaux ne violaient pas la loi en n'en tenant pas compte quand elle n'était pas invoquée. Mais, après cassation, devant un nouveau tribunal ou une nouvelle Cour, l'affaire revenant entière, la partie pourra faire valoir les moyens qu'elle avait volontairement négligés jusque-là.

331 *bis*. II. La fin de l'article se rattache à ce que nous avons dit plus haut sur la renonciation tacite à la prescription. Il y a certains moyens de défense dont l'emploi implique reconnaissance du droit de l'adversaire et par conséquent renonciation à la prescription; si dans le cours du procès la partie a usé d'un de ces moyens, elle ne peut plus invoquer la prescription, puisqu'elle y a renoncé.

332. Les créanciers pouvant, en général, exercer les droits de leur débiteur (art. 1166), il est tout simple qu'ils puissent opposer la prescription de son chef. Bien plus, la loi réserve aux intéressés la faculté de l'opposer, non seulement lorsque la partie (la loi dit, *le débiteur ou le propriétaire*) ne l'oppose pas, mais même lorsqu'elle y renonce. V. art. 2225; et remarquez qu'il n'y a rien d'immoral dans cette faculté laissée aux tiers intéressés, puisque la délicatesse ne peut autoriser le débiteur ou possesseur à faire prévaloir l'intérêt du créancier ou du propriétaire négligent sur celui des tiers sans reproche; la

partie reste d'ailleurs maîtresse de ne point s'appliquer les effets d'une prescription que sa conscience réprouve, si l'état de ses affaires lui permet de désintéresser tout le monde.

332 *bis*. I. Jusqu'à présent, nous avons supposé que c'était le débiteur ou le possesseur qui opposait la prescription ou qui y renonçait. Il est en effet l'intéressé direct et principal dans la question de prescription; mais il peut arriver qu'il ne soit pas le seul intéressé, de ce fait résultera une certaine modification à ses droits. Ce point est réglé par l'article 2225.

L'hypothèse littéralement prévue par cet article est celle-ci : le débiteur ou le possesseur *renonce* à la prescription, mais il existe des créanciers de ce renonçant ou d'autres personnes ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise. La décision de l'article est que ces deux classes de personnes peuvent opposer la prescription.

332 *bis*. II. Pour l'une de ces deux catégories d'intéressés, pour ceux qui ont un intérêt et un droit propre, la règle est des plus simples; ce sont d'abord des ayants cause à titre particulier du possesseur, des personnes qui ont reçu de lui un droit d'usufruit ou de servitude, ou des créanciers ayant une hypothèque de son chef. Ou, s'il s'agit de prescription libératoire, ce sont des personnes qui sont tenues d'une obligation qui est, jusqu'à un certain point, dépendante de celle de la partie qui a renoncé à la prescription, par exemple une caution ou un codébiteur solidaire.

Toutes ces personnes, ayant un droit propre, ne peuvent pas en être dépouillées par la négligence de la partie qui n'oppose pas la prescription ou par la volonté de cette même partie qui renonce expressément à un moyen certain de défense. Cela est de toute évidence pour les ayants cause à titre particulier d'un possesseur. Une fois investi d'un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque, ils ont sur la chose un droit réel absolument indépendant de la volonté de leur auteur, et ce droit réel ne peut pas être perdu sans un acte de leur volonté.

Il en est de même des cautions ou des codébiteurs solidaires; ils sont débiteurs et peuvent, en cette qualité, invoquer *proprio nomine* les causes d'extinction de leur dette; et la volonté soit du codébiteur solidaire, soit du débiteur principal, doit être sans influence sur leur droit.

332 *bis*. III. Les créanciers chirographaires du débiteur ou du

possesseur sont aussi intéressés à ce que la prescription soit invoquée, puisque, par cette prescription, le patrimoine qui leur sert de gage se trouve augmenté ou au moins conservé. Leur droit à l'opposer paraît consacré par l'article 2225, mais l'étendue de ce droit n'est pas nettement délimitée par ce texte.

Dans un cas, leur droit est certain, c'est lorsque la renonciation n'est pas consommée, lorsqu'elle est simplement en voie de s'accomplir par l'inaction de leur débiteur. Celui-ci est poursuivi par une action soit personnelle, soit réelle, il se défend; on est en cours de procès, mais il ne conclut pas en invoquant la prescription; comme il a le droit de l'invoquer jusqu'au jugement en dernier ressort, ces créanciers exerçant des droits aux termes de l'article 1166, peuvent l'invoquer de son chef. Cela ne fait guère de doute, et il semble même que ce soit l'hypothèse que l'article a eu principalement en vue, car en employant le verbe renoncer au temps présent, il ne se place pas dans le cas d'une renonciation consommée, il vise une renonciation qui se fait, mais qui n'est pas faite. Comment supposer cet état d'une renonciation qui n'est ni future ni passée, si ce n'est en envisageant l'espèce, où elle est commencée, puisque la défense n'invoque pas ce moyen, sans être accomplie, puisqu'il est encore temps de s'en prévaloir. L'article alors, en consacrant un droit aussi certain que celui qui résulte de l'article 1166, a eu pour but de montrer que ce droit n'est pas exclusivement attaché à la personne. On aurait pu croire que l'appréciation consciencieuse des faits d'où dépend la détermination de celui qui a le droit d'opposer la prescription, ne pouvait pas être abandonnée à des créanciers et devait dépendre exclusivement du prétendu débiteur ou du possesseur. La loi a pensé que cela n'engageait en rien la conscience de ce prétendu débiteur ou de ce possesseur, puisque la prescription était opposée par d'autres que par lui, et elle a préféré les créanciers dont les droits sont certains à d'autres créanciers ou à des propriétaires qui, par une inaction pendant un long temps, ont fait naître une sérieuse incertitude sur leurs propres droits.

332 *bis*. IV. L'article 2225, en ce qui touche les créanciers chirographaires, a donc certainement en vue le cas où la renonciation n'est pas encore consommée. Mais il peut bien être plus général et comprendre aussi l'hypothèse d'une renonciation accomplie. Il signifierait alors que les créanciers peuvent faire annuler la renon-

ciation et, par conséquent, opposer la prescription comme si leur débiteur n'y avait pas renoncé. Ici nous ne sommes plus sur le terrain de l'article 1166, mais sur celui de l'article 1167.

Des auteurs graves ont nié que l'article 2225 ait réglé cette hypothèse, puisque, disent-ils, l'article parle du cas où le débiteur *renonce*, et non de celui où il *a renoncé*. De là ils concluent que notre article étant muet, l'article 1167 reste seul applicable, en vertu duquel la renonciation ne pourrait être révoquée que moyennant la preuve d'une fraude commise par le renonçant, c'est-à-dire en démontrant qu'il connaissait, lors de la renonciation, le tort qu'il causait à ses créanciers, qu'il savait que cette renonciation allait le rendre insolvable ou au moins augmenter une insolvabilité préexistante.

L'argument grammatical, fondé sur le texte, ne nous paraît pas décisif. En effet, l'article 2225 traite, nous l'avons dit, de deux classes différentes de personnes; pour l'une d'elles, celle qui comprend principalement les ayants cause à titre particulier du possesseur, il n'est pas douteux qu'il faille l'appliquer tant aux renonciations consommées qu'aux renonciations qui sont en voie de s'accomplir ; que par conséquent le mot *renonce* y signifie également *renonce* ou *a renoncé;* comment comprendre qu'un mot employé seulement une fois dans la phrase, et qui a deux sujets joints par la conjonction et, ait un sens par rapport à l'un des sujets et un autre sens par rapport à l'autre?

Nous ajouterons que, traitant d'une question analogue, l'article 788 parle d'un héritier qui *renonce* au préjudice de ses créanciers et donne à ceux-ci le droit de faire *annuler la renonciation*, ce qui suppose d'une façon évidente que la renonciation est consommée et que dans le commencement de la phrase le mot *renonce* signifie *a renoncé*.

332 *bis*. V. Si l'argument du texte ne nous gêne plus, nous sommes autorisés à entendre avec largeur l'article 2225 et à le considérer comme embrassant les deux hypothèses régies par les articles 1166 et 1167, par conséquent, comme consacrant une certaine dérogation à ce dernier article. Il n'exige pas la preuve de la fraude, le droit des créanciers est subordonné à leur intérêt, c'est-à-dire au préjudice qu'ils éprouvent; il applique par conséquent à la renonciation qui nous occupe, la règle exceptionnelle qu'on a déjà rencontrée aux articles 622 et 788. Il est vrai que

l'exception elle-même est contestée sur ces deux derniers articles; mais c'est un point que nous avons examiné au titre des obligations, et nous avons admis, avec M. Demante, que les renonciations à l'usufruit et aux successions peuvent être annulées pour simple préjudice (1). Les raisons qui nous ont déterminé, quant à ses deux renonciations, ont la même force en ce qui concerne la renonciation à la prescription. Elles sont fortifiées par une double considération; d'abord, il ne faut pas préférer aux créanciers qui ont conservé leurs droits des créanciers ou des propriétaires qui, par leur négligence, ont grandement compromis les leurs. Secondement, les renonciations à la prescription sont plus redoutables pour les créanciers que les autres actes, et notamment que les renonciations à l'usufruit ou aux successions, parce qu'elles s'inspirent ordinairement d'une pensée honnête, d'un scrupule de conscience qui ne laisse pas leur auteur peser les conséquences préjudiciables qu'elles peuvent avoir. C'est pourquoi l'on comprend que la loi en permette la révocation à des conditions plus faciles que celles auxquelles est soumise la révocation d'un contrat qui oblige son auteur, ou par lequel il aliéne sa propriété. Quand un débiteur fait quelqu'un de ces actes-là, il en examine librement les conséquences, parce qu'il ne se sent pas moralement forcé à le faire.

333. La prescription, pas plus que tout autre moyen d'acquérir, ne peut évidemment s'appliquer aux choses qui, étant hors du commerce, ne sont pas susceptibles de propriété privée. V. art. 2226; et à ce sujet, art. 538, 540, 542 (2).

334. Du reste, la loi actuelle n'admet aucun privilège pour l'État, les communes et les établissements publics, à l'égard des biens susceptibles de propriété privée qui se trouvent leur appartenir. V. art. 2227.

334 *bis*. En ce qui touche les biens de l'État, des départements et des communes, il résulte des deux articles 2226 et 2227 une distinction qui a été étudiée au tome II. Ceux de ces biens qui sont prescriptibles, sont ceux qui font partie du *domaine privé* de l'État, du département ou de la commune, *quæ sunt in patrimonio Reipublicæ aut civitatis;* ceux au contraire qui font partie du *domaine*

(1) V. t. V, n° 82 *bis*. X.
(2) V. au surplus t. II, n°s 373 *bis* et 374.

public, c'est-à-dire qui sont affectés à des usages publics, comme les routes, les fleuves, les ports, sont imprescriptibles.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION.

335. La première condition requise pour acquérir par prescription, c'est la possession.

Posséder une chose, c'est proprement l'avoir en son pouvoir, soit qu'on la détienne par soi-même ou qu'on la fasse détenir en son nom. Cette détention ne peut réellement s'appliquer qu'aux choses corporelles ; mais on est aussi réputé posséder un droit quand on l'exerce par soi-même ou par autrui, sans contradiction. V. art. 2228.

335 *bis*. I. Après avoir donné des notions générales sur la prescription, le Code entreprend l'exposé des règles de détail. Il commence par traiter d'une condition qui est spéciale à la prescription acquisitive : la *possession*; c'est l'objet du chapitre II et du chapitre III, celui-ci n'étant qu'un développement de celui-là.

Plus tard, il traitera de la condition qui est commune aux deux prescriptions, le *temps* (chapitre V), et dans l'intervalle il examinera les obstacles qui peuvent entraver le cours de la prescription, soit acquisitive, soit libératoire (chapitre IV). Évitant ainsi la confusion que semblait lui imposer la réunion des deux prescriptions dans un même titre, il expose donc la matière dans un ordre logique. Envisageant d'abord les conditions nécessaires pour que la prescription soit possible, montrant ensuite les obstacles qu'elle peut rencontrer dans son cours et fixant enfin le temps nécessaire pour qu'elle se complète.

335 *bis*. II. Nous commençons donc par traiter de la *possession*, considérée comme condition essentielle de la prescription afin d'acquérir. Cette prescription, en effet, a son origine dans l'usucapion des Romains, qui a toujours été définie : l'acquisition de la propriété par la possession continuée pendant un certain temps.

Le Code donne d'abord une définition de la possession, l'idée la

plus simple qu'on pourrait en donner et qui dérive de l'étymologie probable du mot (*possessio a posse*) est celle-ci : la possession est le fait d'avoir une chose en sa puissance (1). L'article 2228 a développé cette idée, seulement il l'a un peu obscurcie, parce qu'il a voulu donner à la fois la définition de la possession et celle de la quasi-possession. Ce qu'on entend en droit par quasi-possession, c'est la possession des droits. Les Romains, qui considéraient la possession proprement dite comme le fait d'avoir une chose matériellement en sa puissance, refusaient d'admettre la possession des droits, c'est-à-dire des choses incorporelles; ils étaient arrivés à concevoir quelque chose d'analogue à cette possession en ce qui concerne les droits, c'était l'exercice de ces droits; mais comme le fait d'exercer un droit n'implique pas une action matérielle sur le droit lui-même, ils le qualifiaient par le mot quasi-possession. La doctrine a conservé ces nuances d'expression, qui correspondent à la nature différente du mode d'exercice des différents droits; mais le Code civil a vu que la détention physique d'une chose corporelle est l'exercice du droit de propriété, comme le fait d'user d'un droit autre que la propriété est l'exercice de ce droit, et il a donné une définition unique de la possession qui pourrait se résumer ainsi : la possession est l'exercice apparent d'un droit.

335 *bis*. III. Cette détention ou cette jouissance suppose la réunion de deux éléments : un fait et une intention. Le fait consiste dans l'accomplissement d'actes qui sont ordinairement accomplis par le titulaire du droit et par conséquent constituent l'exercice de ce droit. C'est la détention d'une chose corporelle, c'est-à-dire la garde d'un meuble, l'occupation d'une maison, la culture d'une terre, c'est l'existence d'une fenêtre à une distance trop rapprochée d'un terrain appartenant à autrui, d'une poutre dans le bâtiment du voisin, d'un canal dans sa propriété, dans ces derniers exemples nous avons en vue la quasi-possession, l'exercice d'une servitude.

L'intention, c'est la volonté chez celui qui fait les actes que nous venons de supposer, de les faire en qualité de maître, non pas qu'il soit nécessaire que celui qui possède croie à l'existence de son droit, mais il faut qu'il ait au moins la volonté de paraître avoir ce droit. Cette volonté, qui est le second élément indispensable de la possession, est ce que les Romains appelaient l'*animus domini*.

(1) V. t. II, n° 378 *bis*. VIII.

Il faut que cette intention, cette volonté, soit propre à celui qui possède, que ce soit lui-même qui ait la prétention d'être maître du droit, mais le fait de la détention ou de l'exercice du droit n'a rien de personnel, et si une personne étrangère l'accomplit pour nous, nous n'en avons pas moins la possession. Le Code rappelle cette règle ancienne, qui remonte aux Romains, par les derniers mots de son article : un autre peut tenir la chose ou exercer le droit en notre nom. Ce tiers, qui exerce le droit pour un autre et par lequel cet autre possède, c'est ordinairement un mandataire, un fermier, un usufruitier.

336. La possession étant le principal attribut de la propriété, on conçoit que celui qui possède soit en général réputé propriétaire jusqu'à preuve contraire; c'est le fondement des actions possessoires (v. C. Pr., art. 23). On conçoit même que la possession prolongée fasse supposer, ou la transmission légale de la propriété au possesseur, par le véritable maître, ou un abandon de celui-ci, qui en autoriserait l'occupation, tel est le fondement général de la prescription à l'effet d'acquérir. Mais pour qu'on puisse tirer de la possession ces inductions, elle doit réunir plusieurs qualités; il faut donc, pour que la possession serve de base à la prescription :

1° Qu'elle soit continue; la loi ajoute *et non interrompue*, sans doute pour exprimer que la continuation de fait ne remplirait pas la condition s'il y avait eu interruption civile;

2° Qu'elle soit paisible, c'est-à-dire non fondée sur la violence;

3° Qu'elle soit publique;

4° Qu'elle soit non équivoque, c'est-à-dire fondée sur des actes qui ne laissent point douter si l'on détient, et si c'est pour soi-même ou pour autrui;

5° Qu'elle soit à titre de propriétaire. V. art. 2229.

336 *bis*. I. La possession définie, il est facile de voir le rapport qui existe entre la possession et la prescription. Le propriétaire seul a le droit de posséder, ou plus généralement le titulaire d'un droit peut seul légalement l'exercer. Dès lors, il est naturel de présumer que celui qui possède est propriétaire, que celui qui

exerce un droit a véritablement ce droit. C'est l'état de choses régulier, et l'irrégularité ne doit pas être présumée.

A raison de cette présomption, la possession devient un droit distinct du droit de propriété; ainsi, celui qui a possédé pendant un an un immeuble, et qui certes ne l'a pas prescrit, a une action qu'on appelle *possessoire* pour recouvrer la possession s'il l'a perdue, et reprenant la possession par ce moyen, il devient défendeur à l'action en revendication, ce qui impose le fardeau de la preuve à son adversaire; il n'a pas à prouver son droit de propriété.

Prolongée plus longtemps, la possession, pour parler le langage du Code, donne la propriété; mais il faut qu'elle réunisse certaines conditions énumérées par l'article 2229 et qu'il nous faut étudier séparément.

336 *bis*. II. 1° La possession pour conduire à la prescription doit être *continue*, c'est-à-dire qu'elle doit se manifester par une série d'actes assez rapprochés pour qu'on ne puisse pas dire qu'elle a été intermittente, qu'elle a cessé pour recommencer ensuite. Si celui qui invoque sa possession a quelquefois agi en maître sur la chose et si, l'occasion se représentant de faire les mêmes actes, il l'a négligée, il n'a pas assez montré sa prétention, ni assez provoqué les réclamations du vrai propriétaire; les intervalles qui séparent ses actes de possession laissent à penser qu'il ne se présentait pas comme maître, mais qu'il profitait de temps en temps d'un défaut de surveillance pour tirer quelque profit de la chose d'autrui.

Les actes de possession peuvent cependant, suivant la nature de la chose, être assez éloignés les uns des autres; ainsi la possession d'une maison d'habitation aura bien le caractère d'une continuité véritable, puisque l'occupation d'une maison n'exige pas le fait actuel de l'homme, elle est réalisée par la permanence dans cette maison de meubles appartenant au possesseur; mais la possession d'un champ se compose d'actes de culture qui se renouvellent peu de fois dans une année, et il est des immeubles, comme les bois, sur lesquels la possession ne se manifestera pas peut-être tous les ans. Ce qu'il faut donc, c'est que les intervalles entre les actes accomplis par le possesseur sur la chose ne soient pas séparés par des intervalles trop considérables eu égard à la manière dont on use habituellement de ce genre de choses.

Cette observation a son importance, parce qu'elle montre que la règle de l'article 690, qui interdit l'acquisition par prescription des

servitudes discontinues, ne se rattache pas à la théorie de l'article 2229. En effet, un droit de passage peut s'exercer par des actes plus rapprochés que le droit de propriété d'un champ; c'est donc par un autre principe qu'il faudra expliquer cette disposition de l'article 690, ainsi que nous le verrons sur l'article 2232.

336 *bis*. III. 2° La possession doit être *non interrompue*. Cette condition semble d'abord se confondre avec la précédente, car si la possession est interrompue, elle cesse d'être continue. Mais la loi, par un abus de mot, confondant l'interruption de la possession avec celle de la prescription, a voulu faire pressentir qu'une possession continue pouvait ne pas compter tout entière pour la prescription, lorsque ses effets auraient été en partie paralysés par certains actes juridiques, qu'on appelle des actes *interruptifs*. (V. art. 2244, 2245, 2248.) Ces actes, par exemple la citation en justice à la requête de celui contre qui court la prescription, laissent subsister la possession, ne l'empêchent pas de continuer sans intermittence, mais ils arrêtent en droit le cours de la prescription. A bien dire, ce n'est pas la possession qui a été interrompue, c'est l'opération juridique qu'on appelle la prescription. Mais, en envisageant la chose du côté pratique, on a pu sans inconvénient appliquer à la possession elle-même, en tant qu'elle conduit à la prescription, la qualification qui n'est vraie au fond que si on l'applique à l'effet de la possession. C'est, au surplus, ce qu'avait fait Pothier (1).

336 *bis*. IV. En dehors de ces cas d'interruption, le Code reconnaît encore une interruption naturelle qui consiste dans la privation de la possession pendant plus d'un an, soit par le fait du vrai propriétaire, soit par le fait d'un tiers (art. 2243). Peut-être notre article 2229 a-t-il songé à cette circonstance et a-t-il voulu distinguer la possession qui *discontinue* par l'inaction du possesseur, de celle qui cesse d'être continue par le fait d'autrui, d'une personne qui prive le possesseur de sa possession; à ce dernier cas, elle aurait appliqué la qualification d'interrompue. Cette distinction serait inutile, le mot *continue* était bien suffisant, puisque l'interruption naturelle empêche mieux que quoi que ce soit la possession d'être continue.

336 *bis*. V. 3° La possession doit être *paisible*. Il faut entendre certainement par là qu'elle ne doit pas être entachée de violence,

(1) Pothier, *Coutumes d'Orléans*, XIV, n°s 26 et 27.

en ce sens qu'elle ne doit pas avoir été appréhendée ou même conservée par violence. C'est la condition de l'interdit *uti possidetis* et de l'interdit *utrubi* en droit romain, le possesseur ne doit pas avoir possédé *vi*. Celui qui prend ou conserve la possession par des moyens violents ne se comporte pas comme un propriétaire, on peut dire qu'il ne possède pas à titre de maître ou au moins que sa possession n'a pas d'une manière évidente le caractère de possession à ce titre; car le vrai maître n'a pas besoin de violence pour se mettre ou pour se faire maintenir en possession, il emploie les moyens judiciaires. Voilà la raison théorique de la règle, il en est une autre qui est une raison pratique, c'est que le législateur ne sanctionne jamais les actes de violence, parce que rien ne serait plus contraire à l'ordre social que la possibilité de fonder un droit sur des actes de cette nature.

336 *bis*. VI. Tel est le sens certain du mot paisible. Tous s'accordent sur ce point, mais quelques-uns vont plus loin; ils y trouvent une autre règle. Il faudrait que le possesseur, alors même qu'il n'aurait pas pris possession par violence, n'eût pas lui-même été troublé par des actes de violence émanés de tiers. Il est certain, en effet, que dans son apparence, l'expression de la loi peut conduire à cette idée, car le mot paisible évoque l'idée d'une tranquillité qui a une durée, et non pas seulement d'une tranquillité qui n'a existé qu'au commencement. Quand on dit une existence paisible, on n'entend pas parler d'une existence qui a commencé paisiblement. Quand l'article 1625 impose au vendeur l'obligation de garantir à l'acheteur une jouissance paisible, il l'oblige certainement à protéger cet acheteur contre des troubles survenant à une époque quelconque. On peut ajouter à ceci que le Code semble, par l'emploi du mot paisible, vouloir reproduire l'expression *sans inquiétation* qui se trouve dans l'article 113 de la coutume de Paris et d'où il résulterait que les actes des tiers troublant le repos du possesseur sont un obstacle à ce que la possession conduise à la prescription.

Nous n'admettons pas cette interprétation de l'article, elle nous semble attacher trop d'importance à un mot pour lui faire produire des conséquences inconciliables avec l'ensemble de la théorie sur la prescription. Nous l'avons dit : la violence ne peut pas fonder des droits; comment admettre qu'elle pourrait détruire des droits? Le possesseur qui n'a pas agi violemment pour occuper la chose a

la possession, c'est un droit; il est antijuridique que ce droit soit détruit par le fait violent d'un tiers. Il est un cas où le fait d'un tiers détruit sa possession, c'est quand ce fait constitue une privation de la possession pendant plus d'un an, qu'il y ait eu violence ou que la privation de jouissance ait eu lieu sans violence, la prescription est interrompue, la raison en est simple, ce n'est pas sur la violence même qu'est fondée la perte de droit du possesseur, c'est sur son inertie pendant un an. Il avait l'action possessoire, il n'en a pas usé, son droit est perdu par sa négligence. Mais pourrait-on comprendre que si la privation de jouissance pendant moins d'un an n'empêche pas la prescription, des actes de violence qui n'entraîneraient pas la dépossession, eussent pour effet de l'empêcher ?

Reste donc la question de mot, nous croyons que le mot *paisible* a été écrit comme synonyme de *non violente* (*nec vi*), ou comme équivalant à l'expression *sans violence* (ordonnance de 1667, t. XVII, art. 1er); le législateur n'énumérant pas sous forme négative les vices qui empêchent la prescription, cherchant à indiquer sous forme positive les qualités contraires à ces vices, n'a trouvé qu'une expression ambiguë, parce qu'il était difficile de rencontrer un adjectif précis équivalant exactement à la locution *non violente,* comme au contraire il a été facile de dire publique au lieu de non clandestine (*nec clam*). Il n'a pas voulu reproduire les mots *sans inquiétation* de la coutume de Paris dans le sens que leur donne l'opinion que nous combattons, car ces expressions étaient interprétées par Ferrière, commentateur classique de cette coutume, en ce sens qu'il fallait que la prescription n'eût pas été civilement interrompue, en sorte que c'est le mot non interrompue de l'article 2229 et non pas le mot paisible qui traduit l'expression sans inquiétation (1). On lit en effet, dans Ferrière : l'interruption de la prescription se fait de deux manières, savoir : civilement par voie civile d'action et contestation appelée en cet article (113) *inquiétation.*

336 *bis.* VII. 4° Le quatrième caractère que doit avoir la possession est le caractère de *publicité.* Elle doit se révéler à tous par des actes matériels patents, de nature à être aperçus par tous. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que tous aient eu connaissance de ces actes,

(1) V. Ferrière, *Commentaire sur la coutume de Paris,* t. Ier, p. 269. Édit. 1788.

mais que tous aient pu en avoir connaissance; il en est de la possession comme du mariage, qui est célébré publiquement quand il a été célébré dans la maison commune dont l'entrée n'était interdite à personne, alors même que personne ne serait entré. L'absence de publicité change le caractère de la possession, qui n'a pas eu lieu à titre de maître, car le propriétaire n'a pas à cacher qu'il exerce son droit; de plus, elle explique l'inaction du vrai propriétaire qui n'a pas eu à protester contre une usurpation dont rien ne lui donnait connaissance. Il faut du reste apprécier la non-publicité de la possession suivant la nature des choses possédées. Il en est dont la possession pendant sa durée ne se manifeste pas au public, par exemple les caves et les souterrains; la publicité n'existera alors que relativement; si l'excavation a été faite publiquement, si les travaux ont pu être connus de tous et particulièrement des intéressés, la continuation de la possession ne se manifestera peut-être pas d'une façon évidente pour tous, mais à cause de la nature de la chose, la prescription aura lieu; sauf les cas où le possesseur aurait employé des moyens spéciaux pour cacher l'usage qu'il faisait du souterrain ou pour faire croire qu'il n'avait pas donné suite aux travaux qui, d'abord, avaient été publics. La coutume d'Orléans dit, il est vrai (art. 253), que fouillement en terre, grattement, n'attribue par quelque laps que ce soit, droit de prescription à celui qui aura fait ladite entreprise. Mais il ne s'agit pas là de l'hypothèse que nous examinons, et Pothier n'applique cet article que dans le cas où un propriétaire a fouillé sous le terrain de la maison voisine sans que son voisin s'en soit aperçu. Ces circonstances ôtent à la possession tout caractère de publicité, et l'on comprend que la prescription soit impossible.

336 *bis*. VIII. 5° La possession pour conduire à la prescription doit être *à titre de propriétaire*, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur la prétention d'être propriétaire, non pas sur le droit de propriété, car s'il n'en était ainsi, la prescription deviendrait inutile. Il faut que le possesseur se présente comme propriétaire, soit qu'il croie, soit qu'il ne croie pas à son droit; il doit affecter les apparences d'un propriétaire, c'est-à-dire qu'il ne doit pas prendre une qualité qui suppose la propriété chez un tiers, il faut qu'il possède pour soi et non pour autrui, sinon il y aurait *précarité* dans le sens français du mot (art. 2236), et le silence du vrai propriétaire s'expliquerait, car il n'a pas besoin de protester contre celui

qui n'annonce pas de prétention à un droit contraire au sien.

336 *bis*. IX. 6° Le dernier des caractères que doit réunir la possession à fin de prescrire, s'exprime par ces mots : elle doit être non équivoque. Rien de moins précis que l'expression même par laquelle la loi désigne ce dernier caractère. Elle veut certainement que les faits qui constituent la possession aient un caractère nettement dessiné, ne laissant pas prise au doute, que le bien ait été possédé *franchement,* suivant les termes de la coutume de Paris (art. 113); mais la formule est assez vague pour qu'on ne voie pas bien clairement quels sont les points qui doivent être non douteux.

Nous pensons que la loi a eu en vue toutes les conditions qu'elle exige dans son article 2229, et qu'elle entend que la possession doit les réunir toutes d'une façon certaine, qu'aucune d'elles ne doit être douteuse.

On a dit que c'était uniquement sur l'intention de posséder à titre de propriétaire que devait exister la complète certitude, exclusive de l'équivoque. Cette intention doit se manifester par des actes de jouissance qui ne puissent être interprétés que comme des actes de propriété. Ainsi, le fait de faire paître des bestiaux sur une prairie est de sa nature équivoque, car il peut indiquer une prétention à la propriété de la prairie ou seulement une prétention au droit de pacage, c'est-à-dire à une servitude qui ne peut s'acquérir par prescription. On a rattaché à la condition de non équivoque la règle de l'article 2231, qui n'admet pas une prescription accomplie par un possesseur qui avait commencé à posséder pour autrui.

Nous admettons sans difficulté que ces hypothèses, et d'autres semblables, sont visées par l'article 2229, quand il parle d'une possession équivoque. Mais nous croyons qu'il n'a pas eu uniquement en vue ce genre d'équivoque, celui qui porterait sur le point de savoir si les actes par lesquels le possesseur a agi sur la chose, sont des actes accomplis à titre de propriétaire. La construction de l'article annonce une autre intention. En effet, la condition de non équivoque est placée, dans l'énumération, avant la condition de possession à titre de propriétaire, elle paraît donc être le développement des conditions précédentes plutôt que de celle-là. A bien dire, ce n'est pas une condition distincte des autres, car il n'est pas besoin d'un texte pour établir que, si un droit est subordonné à une certaine condition, celui qui invoque ce droit doit prouver d'une façon non douteuse que cette condition existe; si sa preuve

aboutit à une équivoque, elle n'est pas faite. Ne craignons donc pas de généraliser et de dire que l'équivoque dont parle l'article 2229 peut s'attaquer à toutes les conditions exigées par cet article, et que chacune d'elles doit être examinée à ce point de vue spécial, parce qu'il est nécessaire que l'existence de chacune d'elles soit hors de doute.

On comprend, par exemple, des doutes sur la continuité quand les actes de maîtrise sur la chose n'auront pas été assez rapprochés; sur la publicité, nous en avons rencontré un exemple à propos de la possession des caves ou souterrains; sur le caractère paisible de la prise de possession, les faits qualifiés par une partie actes de violence peuvent, sans être très-caractérisés en ce sens, n'être pas absolument pacifiques, et par conséquent il sera difficile de dire que la possession a été dans son principe et très-certainement paisible.

337. Il est naturel que chacun possède pour soi, en vertu de son droit de propriété. La loi ne pouvait donc assujettir le détenteur à prouver qu'il possède à titre de propriétaire. Mais on peut lui prouver le contraire, et pour cela il suffit d'abord d'établir qu'il a commencé à posséder pour autrui. Cette preuve faite, c'est au possesseur à prouver que son titre est interverti. V. articles 2230, 2231; et à ce sujet articles 2236-2238.

337 *bis*. Après avoir énuméré, dans l'article 2229, les caractères que doit réunir la possession à fin de prescrire, le Code donne quelques développements sur les principes qu'il vient de poser.

Il s'agit d'abord de la condition de possession à titre de propriétaire. La loi n'impose pas au possesseur la nécessité de prouver que sa possession avait ce caractère, la preuve pourrait en être bien difficile à trente ans de distance; elle consisterait d'ailleurs dans la preuve d'une *négative indéfinie,* preuve qu'il n'a pas possédé pour autrui; la prescription ne pourrait donc, si cette preuve était exigée, être invoquée par personne, cette institution, de si grand intérêt social, manquerait son but. Il a donc fallu présumer que la possession, quand elle a existé, était une possession à titre de maître, c'est le fait le plus ordinaire, par conséquent il est naturel que la loi l'ait supposé. Cette prescription admet la preuve contraire; l'adversaire peut prouver que la possession a d'abord été exercée

pour un autre; la preuve de ce fait est plus facile, c'est un fait positif, on démontrera qu'il a existé un bail ou un mandat. Cette preuve faite, la situation se trouve renversée, la présomption est contre le possesseur, il est présumé n'avoir jamais possédé à titre de maître; c'est l'application de la théorie des preuves, ce possesseur allègue un fait nouveau, un changement à l'état qu'on a démontré avoir existé, il doit démontrer ce changement d'état, c'est ce que dit l'article 2231 : s'il n'y a preuve du contraire. Seulement, il ne faut pas se laisser prendre au sens apparent de ces derniers mots, il semblerait qu'il suffise de prouver que l'intention, l'*animus* du possesseur a changé, qu'ayant d'abord eu la volonté de posséder pour autrui, il a, un certain jour, pris la résolution de posséder pour lui-même; cette preuve serait tout à fait insuffisante; l'article 2238 exigera de tout autres faits pour que la prescription devienne possible au profit de celui qui a commencé à posséder pour autrui, ceci se lie à la théorie de l'équivoque, nous y reviendrons; qu'il suffise pour le moment d'ajouter aux mots de l'article : s'il n'y a preuve du contraire, ceux-ci : dans les conditions de l'article 2238.

338. Celui qui ne jouit que par la permission d'un autre, ou parce que celui-ci n'use pas d'une faculté que la loi lui ouvre, ne peut être réputé posséder à titre de propriétaire. C'est en ce sens qu'on dit que les actes de tolérance, et ceux de pure faculté, ne peuvent fonder ni possession ni prescription. V. art. 2232.

338 *bis*. I. En expliquant en détail les conditions de la possession à fin de prescrire, le Code parle, dans l'article 2232, de certains actes qui ne constituent pas une possession suffisante pour être le fondement d'une prescription. C'est donc un nouveau développement qu'il donne sur le premier mot de l'article 2229. Il s'agit de déterminer ce qu'il faut entendre par des actes de possession.

L'article parle de deux catégories d'actes : 1° les actes de pure faculté; 2° les actes de simple tolérance.

L'idée que présente les mots actes de pure faculté, est celle-ci : des actes que leur auteur a faits sans y être contraint, qu'il avait la possibilité de faire ou de ne pas faire à son choix. C'est cette liberté de choix qui donne à l'acte le caractère *facultatif* ou de *faculté*.

Tel est certainement le sens naturel de l'expression, est-ce dans

une acception aussi large qu'elle est employée par l'article 2232 ? Cela n'est pas possible, car alors la formule de la loi serait la condamnation de toute espèce de prescription. Nous ne parlons pas de la prescription libératoire, puisque notre article est écrit dans un chapitre sur la possession ; nous ferons remarquer néanmoins que le créancier est maître de poursuivre ou de ne pas poursuivre son débiteur ; ne poursuivant pas, il use d'une faculté, et c'est cependant sur ce défaut de poursuites qu'est fondée la prescription libératoire. Mais si nous restons sur le terrain de la prescription acquisitive, nous allons être forcé de faire la même observation. Labourer un champ, habiter une maison, affermer ou louer le champ ou la maison, c'est de la part d'un prétendu propriétaire faire des actes qu'il est parfaitement libre de ne pas faire, c'est user d'une faculté qui dérive de son droit prétendu, et cependant s'il ne fait pas ces actes, s'il n'use pas de sa faculté en faisant des actes sur la chose, il ne pourra pas la prescrire, car la possession, base de la prescription, consiste dans l'accomplissement même de ces divers actes.

Que conclure de cette observation, si ce n'est que la règle sur les actes de pure faculté n'est pas applicable à toutes les prescriptions acquisitives, qu'elle ne concerne pas la possession proprement dite, l'exercice de droit de propriété, mais la quasi-possession, l'exercice des autres droits, la possession des choses incorporelles? Encore ne s'agit-il que des servitudes, car la possession de l'usufruit se manifeste par des actes de la même nature que ceux qui constituent la possession des choses corporelles.

338 *bis*. II. Si nous n'envisageons que la possession des servitudes, nous apercevons tout d'abord que la règle n'est pas encore applicable aux actes par lesquels une personne exercerait un droit prétendu de servitude ; ouvrir une fenêtre trop près du fonds voisin, bâtir un toit qui déverse ses eaux sur le fonds voisin, appuyer une construction sur le mur du voisin, c'est faire des actes que rien n'oblige de faire, qu'on aurait pu s'abstenir de faire ; en les accomplissant, un propriétaire ne s'en place pas moins dans la position d'acquérir une servitude par prescription. Ce n'est donc pas encore de ces actes que s'occupe l'article 2232.

Cet article a en vue non pas l'acquisition des servitudes positives, mais l'acquisition des servitudes négatives, celles qui consistent dans le droit d'empêcher le voisin de faire de sa propriété

tel usage que bon lui semble. Il s'agit, par exemple, du droit d'empêcher le voisin de bâtir sur son fonds.

Sur quels faits pourrait être fondée la prescription d'une semblable servitude? Non pas sur des faits de celui qui prétendrait acquérir le droit, puisque ce droit, s'il l'avait, ne s'exercerait pas par des actes de sa part; elle s'appuierait sur l'absence de faits de la part de celui contre qui la prescription s'accomplirait. Ce serait parce qu'il n'aurait pas bâti qu'on prétendrait avoir acquis le droit de l'empêcher de bâtir. La loi n'admet pas cette prescription, et elle donne de sa décision cette raison théorique que le propriétaire, en ne bâtissant pas, usait de sa chose à sa fantaisie, selon son droit, que rien, dans son fait, n'annonçait la reconnaissance du droit d'autrui, car s'il ne bâtissait pas aujourd'hui, il pensait pouvoir bâtir demain, alors que rien n'annonçait de la part du voisin la prétention de l'empêcher de faire des constructions.

La règle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possessions ni prescription est donc mal posée, car elle ne précise pas par qui les actes ont été faits et au profit de qui ils ne peuvent fonder une prescription. Elle devrait être formulée ainsi : les actes qui sont de pure faculté pour une personne ou l'abstention de ces mêmes actes, ne peuvent fonder pour une autre personne une prescription du droit d'empêcher ces actes ou du droit d'exiger le maintien de l'état de choses produit par ces actes. *Exemple :* Un propriétaire ne fait pas de construction, le voisin ne prescrit pas le droit de s'opposer à ce qu'il en fasse, ou bien il a bâti une maison, on n'a pas prescrit le droit de l'empêcher de la démolir et de lui substituer une cour ou un jardin; il ne détourne pas les eaux qui proviennent de sa source (art. 641), le voisin n'acquiert pas par prescription le droit de recevoir les eaux, ou s'il a détourné le cours, le voisin ne peut pas, même après trente ans, refuser de les recevoir si on les rend à leur cours naturel.

L'article 2232, dans sa première partie, consacre le droit qu'a le propriétaire de disposer sa chose comme il l'entend et lui assure le droit de modifier indéfiniment l'état de cette chose, apanage indispensable du droit de propriété. Au fond, il revient à dire que les servitudes non apparentes ne peuvent pas s'acquérir par prescription (art. 690), car si, de la prolongation des faits dont nous venons de parler, il résultait un droit pour le voisin, ce serait une servitude, et aucun signe n'annonçait l'existence de ce droit

vrai ou prétendu, pendant le temps qu'aurait duré la prescription.

338 *bis*. III. On voit que l'article 2232, 1re partie, s'applique à la prescription des servitudes, mais seulement à la prescription acquisitive. La prescription extinctive des servitudes a pour point de départ des actes de pure faculté, comme la prescription libératoire. Si le propriétaire d'un fonds dominant n'use pas de son droit de passage, ou bouche une fenêtre qu'il a ouverte *jure servitutis*, s'il résulte de ces faits, après un certain temps, la perte du droit de servitude, il s'est accompli une prescription extinctive qui repose sur une abstention ou sur un acte qui rentrait absolument dans les droits du propriétaire, maître de passer ou de ne pas passer, de conserver ou de fermer sa fenêtre à sa fantaisie. C'est qu'il ne s'agit pas là de créer, en faveur d'une personne, un droit qui s'appuierait sur un acte facultatif de la part d'une autre, il s'agit tout simplement de détruire le droit de celui-là même qui s'est abstenu ou qui a agi, ce n'est plus l'hypothèse de l'article 2232, qui traite d'une prescription s'acquiérant par la possession. C'est une prescription qui s'accomplit sans possession, et dont la loi indique très-bien le caractère particulier en disant que la perte du droit résulte du non-usage.

338 *bis*. IV. Les actes de *simple tolérance* ne sont pas, comme ceux de pure faculté, des actes de la partie contre qui l'on prescrit; au contraire, ce sont des actes de celui qui prétendrait avoir prescrit.

Ce sont des actes qu'une personne fait sous le bon plaisir d'autrui, que cette autre personne pourrait empêcher, qu'elle souffre par esprit de concession, sans tirer à conséquence la plupart du temps parce qu'ils ne lui nuisent pas dans le présent.

Ces actes ne peuvent pas conduire à la prescription, parce que posséder sous le bon plaisir d'autrui, ce n'est pas avoir la possession proprement dite, ce n'est pas posséder à titre de propriétaire. La prétention d'être propriétaire suppose nécessairement qu'on ne reconnaît pas le droit d'un autre dont on dépendrait. Voilà comment la décision de l'article 2232, 2e partie, se rattache aux règles générales sur les caractères de la possession nécessaire pour prescrire.

338 *bis*. V. Quand les actes accomplis par une personne seront de véritables actes de possession, accaparant au profit de cette personne tous les avantages de la propriété, par exemple quand elle aura habité une maison, cultivé un champ et moissonné sur ce

champ, on ne pourra pas supposer la tolérance du propriétaire. Il faudrait qu'il poussât bien loin l'esprit de bienveillance et de conciliation pour ne pas protester contre des actes qui détruisent toute l'utilité qu'il peut retirer du fonds. Ici s'appliquerait la règle de l'article 2230; on est toujours censé posséder pour soi. Il faudrait démontrer par des preuves spéciales que la détention est fondée sur une concession tolérante du propriétaire. Alors l'article s'appliquerait, ou pour mieux dire la prescription serait impossible en vertu de l'article 2229 et de l'article 2236.

Il y a au contraire des actes, et c'est à ceux-là que la loi a songé, qui ont en eux-mêmes le caractère d'actes de tolérance, ce sont ceux qui, n'impliquant pas un usage complet de fonds, ne sauraient pas aboutir à une prescription de la propriété, mais simplement à une acquisition de servitude. Parmi les actes qui constitueraient la quasi-possession d'une servitude, il y en a qui, par leur intermittence, peuvent ne pas paraître gênants; le propriétaire les souffre par complaisance, les anciens les qualifiaient actes de *familiarité,* exprimant par là qu'ils s'accomplissent sans opposition à cause des relations de bon voisinage qui existent ordinairement et que le législateur doit favoriser, dans l'intérêt de l'union et de la concorde, entre les habitants du territoire. Ces bonnes relations deviendraient impossibles si chaque propriétaire était contraint par la loi, sous peine de voir sa propriété amoindrie, de protester contre tout empiètement du voisin sur son fonds. Le voisin, par exemple, passera sur un terrain non bâti et non cultivé, il abrège son chemin, quel préjudice cause-t-il au propriétaire? Celui-ci ne prive pas son voisin de cette facilité, parce qu'il n'y a pas un intérêt immédiat, et l'on peut dire qu'il est entendu entre les deux parties que le passage est exercé en vertu d'une complaisance et sous le bon plaisir du propriétaire. Un autre prend de l'eau à la source qui appartient au voisin, ce fait en lui-même n'est pas préjudiciable, si la source est abondante, et rien n'annonce, dans ce fait, une prétention contre laquelle le propriétaire devrait se défendre. Si des actes semblables pouvaient être un jour invoqués comme des faits de possession, il faudrait que les propriétaires s'enfermassent chez eux comme dans une citadelle, ne permettant point aux autres de passer, même à de rares intervalles, et refusant de l'eau alors même que le voisin en aurait un besoin exceptionnel et urgent, par exemple, pour éteindre l'incendie.

Les actes dont nous parlons, s'ils étaient accomplis en vertu d'un droit, seraient des actes d'exercice de servitudes discontinues, et au fond la règle que nous étudions n'est pas autre chose que la raison d'être de cette autre règle, écrite dans l'article 690 : les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par prescription.

338 *bis*. VI. Quant aux actes d'exercice des servitudes continues, ils ne sont pas non plus exclusifs de la jouissance du fonds par le propriétaire ; mais comme ils ne sont pas intermittents, comme la servitude s'exerce par le maintien permanent d'un certain état matériel des choses, cet exercice est nécessairement plus gênant que celui d'une servitude discontinue, et dès lors on n'admet pas qu'ils aient par eux-mêmes le caractère d'actes de tolérance. Les servitudes continues peuvent s'acquérir par prescription.

339. La possession doit être paisible; celui donc qui ne se met ou ne se maintient en possession que par la violence, ne peut posséder utilement. Mais dès l'instant que la violence cesse, la possession devient paisible, et la prescription peut commencer. V. art. 2233.

339 *bis*. I. Le dernier article, qui complète l'article 2229, c'est l'article 2233, qui est relatif à ce caractère de la possession, qu'on désigne quand on dit qu'elle doit être *paisible*. L'article répète sous une autre forme ce qui a déjà été dit; mais de cette forme nouvelle naît une lumière sur un point que l'expression de l'article 2229 laissait quelque peu obscur. En disant, pour paraphraser le mot paisible, que les actes de violence ne peuvent fonder ni possession ni prescription, le Code montre clairement que le vice de violence suppose des faits émanés du possesseur, et non pas de celui contre qui l'on prescrit ou d'un tiers, c'est-à-dire que le trouble violent subi par le possesseur n'est point un obstacle à la prescription. Si la loi avait admis cet effet de la violence exercée contre les possesseurs, elle n'aurait pas exprimé sa pensée dans la forme qu'elle lui donne (art. 2233). Il serait absolument inexact de dire que le possesseur, contrarié et troublé par violence, fonde sa possession sur la violence; quand on parle d'actes violents dont le possesseur voudrait faire le fondement de sa possession, on suppose évidemment qu'il a agi sur le fonds par violence, qu'il a par exemple expulsé violemment le détenteur de l'immeuble pour l'occuper lui-même. Voilà une prise de possession qu'on pourrait vouloir considérer comme le point de départ

d'une prescription si la loi était muette sur la possession non paisible.

339 *bis.* II. Le second paragraphe de l'article a pour but d'indiquer que la violence n'affecte pas la possession d'un vice indélébile. Elle n'est un obstacle à la prescription que tant qu'elle dure. On se rend facilement compte de cette règle; tant que le propriétaire subit des violences, son silence, son inaction, ne peuvent pas être interprétés comme un abandon de son droit ou une reconnaissance du droit du possesseur, c'est la crainte qui l'empêche d'agir; mais quand la violence a cessé, il reprend sa liberté d'action, et son inaction est tout aussi significative que s'il n'avait jamais été violenté. Il reste bien entendu que la violence n'a pas cessé tant que la partie qui a été l'objet d'actes de violence subit une pression morale, demeure sous le coup de menaces qui peuvent la détourner même de s'adresser à la justice.

339 *bis.* III. Il résulte de l'article 2233, 2e §, que le vice de violence ne met pas un obstacle d'une longue durée à la prescription du possesseur, car il sera rare que la violence ait eu une véritable continuité. Elle consiste dans des actes temporaires, instantanés, qui, surtout dans l'état de nos mœurs et de notre législation, ne sauraient guère se perpétuer. De cette observation est née la pensée que la possession violente dans le principe ne pouvait devenir utile, que par une véritable transformation, par une interversion du titre du possesseur (art. 2238), c'est alors seulement que le vice de violence aurait cessé, et c'est plutôt à la cessation du vice, qu'à la cessation de la violence elle-même, que le législateur aurait songé en écrivant l'article 2233.

Cette traduction des expressions : lorsque la violence a cessé, nous paraît inadmissible, car elle transforme tout à fait l'article et le comprend comme s'il disait : lorsque le vice a été purgé. Or, le sens naturel du texte expliqué par Bigot-Préameneu, est celui-ci : l'obstacle dure tant que la violence dure; or, la violence, c'est la pression physique ou morale exercée sur le détenteur dépossédé. La formule de l'article est la même que celle de l'article 1115 et rappelle celle de l'article 181, et sur ces deux articles le sens de la formule n'est pas contestable.

Un autre motif grave nous conduit à repousser la doctrine que nous examinons; elle introduit dans la matière de la violence une théorie que la loi a établie seulement à propos de la précarité;

l'interversion du titre a sa nécessité quand il s'agit d'un possesseur qui a commencé a détenir comme fermier et dont le changement d'intention n'a rien d'apparent, elle n'est pas utile quand le vice de la possession résulte d'actes patents dont la cessation peut être aperçue par tout le monde, puisque ces actes et leur cessation sont des faits matériels.

Il ne faut pas d'ailleurs alléguer que la violence ne constituera jamais un obstacle de quelque durée à la prescription, parce que s'il est impossible que des violences contre les personnes se continuent longtemps sans appeler l'attention de l'autorité publique, il est facile de supposer que des menaces aient une certaine durée, et même que l'usurpateur tienne comme une sorte de garnison sur le bien qu'il a usurpé, qu'il annonce l'intention de s'y défendre violemment, ce qui ôte à sa possession le caractère de possession à titre de propriétaire, ou au moins fait régner l'équivoque sur ce caractère capital de la possession.

339 *bis*. IV. Nous ne pouvons pas abandonner les règles qui concernent les caractères de la possession sans examiner si les vices qui résultent de l'absence de ces caractères sont relatifs ou absolus, autrement dit, s'ils rendent la prescription impossible à l'égard de toutes personnes ou seulement à l'égard de certaines personnes déterminées. La réponse à cette question peut ne pas être la même pour tous les vices, il faut donc les reprendre l'un après l'autre en les examinant au point de vue de la question que nous venons de poser.

1° La *discontinuité* est incontestablement un vice absolu, car elle dénature la possession elle-même qui, intermittente dans les actes dont elle se compose, ne donne pas à l'auteur de ces actes l'apparence du droit de propriété, apparence qui ne saurait avoir un caractère relatif, puisque le droit lui-même est réel, c'est-à-dire absolu. On comprendrait du reste difficilement comment la possession pourrait être intermittente par rapport à certaines personnes, et continue par rapport à d'autres. Elle est ou elle n'est pas, et elle n'est qu'à la condition de constituer un ensemble d'actes assez rapprochés les uns des autres pour manifester *erga omnes* une prétention à la propriété.

339 *bis*. V. 2° L'*interruption*. Si nous parlons de l'interruption naturelle, elle se confond avec la discontinuité et constitue comme elle un obstacle absolu à la prescription; cela résulte du reste de l'article 2243.

L'interruption civile, au contraire, doit produire un effet relatif, car elle résulte d'actes de procédure qui en eux-mêmes n'ont jamais un effet absolu, en vertu de la règle *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*. Peut-être faudra-t-il cependant faire une distinction pour un seul de ces actes interruptifs, la reconnaissance du droit du propriétaire par le possesseur; mais cela dépendra du parti que nous prendrons plus tard, sur le point de savoir si cette reconnaissance fait de son auteur un possesseur précaire.

339 *bis*. VI. 3° La *violence*. C'était, en droit romain, un vice relatif, au moins en ce qu'il concernait les interdits; la formule de l'interdit *uti possidetis* exigeait qu'on eût possédé *nec vi ab adversario*, et l'on peut soutenir que cette doctrine est encore vraie en droit français, par ce que la violence exercée sur une personne ne devrait pas empêcher une autre personne de faire valoir ses droits. Telle ne nous paraît pas cependant la doctrine du Code civil, car l'article 2233 s'exprime d'une façon absolue, quand il dit que les actes de violence ne peuvent fonder une possession capable d'opérer la prescription; c'est, d'après cette formule, la possession elle-même qui manque d'un de ses éléments essentiels, elle n'est pas utile, comme dit la seconde partie de l'article 2233, elle serait au contraire utile si elle produisait des effets contre tous à l'exception d'une seule personne. C'est qu'en effet la loi considère la violence comme un vice qui ôte à la possession son caractère substantiel, d'être une possession à titre de propriétaire; celui qui n'agit sur la chose qu'en employant des procédés violents, celui-là ne se présente pas en maître, car le maître doit être plus sûr de son droit, et la manière normale d'affirmer sa maîtrise, c'est d'avoir recours à la justice pour prendre ou pour conserver sa possession. Si l'on trouve rigoureux un système qui ne permet d'invoquer contre personne une possession violente, il faut reconnaître que la loi a toutes sortes de raisons pour frapper les actes de violence. Dans le conflit entre un possesseur qui a commencé à posséder *vi* et un vrai propriétaire qui n'a pas été violenté, il est vrai, mais qui n'a pas à se reprocher autre chose que son inaction, on comprend qu'elle préfère le propriétaire négligent au possesseur coupable d'actions défendues par les lois qui protègent la sécurité publique.

Puis il faut ajouter que, grâce à la deuxième règle contenue dans l'article 2233, la rigueur de notre solution n'est pas excessive, puisqu'elle n'a pas pour conséquence de rendre l'immeuble tout à

fait imprescriptible de la part du possesseur, mais uniquement d'empêcher qu'il compte dans son temps de possession les moments ordinairement assez courts pendant lesquels la violence a cessé. La seconde règle de l'article : la possession utile commence lorsque la violence a cessé, est le correctif très-suffisant de la rigueur que paraît avoir la première règle, à cause de son caractère impersonnel et absolu.

339 *bis*. VII. La *clandestinité* était, comme la violence, un vice relatif en matière d'interdits (*nec clam... ab adversario*), et en droit français on est tenté de dire de ce vice ce qu'on a dit de la violence, que la clandestinité ne peut pas être invoquée par ceux à l'égard desquels elle n'a pas existé ; car, puisqu'ils pouvaient connaître la possession, ils pouvaient empêcher la prescription de s'accomplir. Nous n'avons pas, pour combattre ce raisonnement, un article formel, comme l'est l'article 2223 en matière de violence ; cependant le texte de l'article 2229 nous inspire la même décision en ce qui touche les deux vices. Il ne reproduit pas l'édit du préteur, rien n'y indique le caractère relatif du vice, on n'y lit pas les mots *ab adversario* pour accentuer ce caractère. Loin de là, au lieu de parler de clandestinité, d'employer une expression française correspondante au mot *clam*, qui évoque l'idée d'un fait intentionnellement caché, d'un procédé tendant à dissimuler la possession et qui par conséquent suppose qu'on se cache d'une personne déterminée, qu'on cherche à dissimuler la possession à celui qu'on croit intéressé à en empêcher la continuation, le Code emploie une expression qui porte avec elle le cachet de l'absolu, la possession doit être *publique*. Le sens naturel de ce mot, c'est qu'elle doit pouvoir être connue du *public;* or le public, ce n'est pas telles ou telles personnes déterminées, c'est tout le monde. Donc, dès que tout le monde ne peut pas avoir connaissance de la possession, cette possession n'a pas le caractère exigé, et quand il lui manque ce caractère, la prescription devient impossible, non pas seulement par rapport à ceux de qui l'on s'est caché, mais par rapport à tous, car l'article 2229 ne distingue pas. Nous dirons ici ce que nous avons dit sur la violence, le fait de cacher aux yeux de quelques-uns les actes de possession qu'on accomplit sur la chose, empêche la possession d'être exercée à titre de propriétaire, car le propriétaire n'a besoin de se cacher de personne. Il jette des doutes dans l'esprit même de ceux qu'on n'a pas cherché à tromper parce

qu'ils sont induits à penser que le possesseur n'a pas de prétention sur la chose, son *animus* est au moins équivoque, et cela explique pourquoi ceux qui ont pu connaître la possession n'ont pas jugé utile de faire des actes pour empêcher la prescription.

339 *bis*. VIII. La *précarité* est le vice contraire à cette qualité de la possession qui consiste à être exercée à titre de propriétaire. Le Code qualifie possesseurs précaires ceux qui possèdent pour autrui, comme le fermier, le dépositaire, l'usufruitier (art. 2236 et 2239). Ce vice consiste donc dans l'absence de l'*animus domini*, du caractère principal et distinctif de la possession. Pas de doute par conséquent que ce vice soit absolu, car le détenteur précaire ne possède pas, et celui qui ne possède pas ne peut prescrire contre personne (art. 2236). S'il en était autrement en droit romain au point de vue des interdits possessoires, c'est que le mot précarité avait un tout autre sens, et qu'il ne s'est jamais appliqué à la détention des fermiers, dépositaires ou usufruitiers, qui n'étaient pas considérés comme des possesseurs.

339 *bis*. IX. L'*équivoque* est un vice qui n'a pas de nature propre, il consiste en ce que l'une des qualités exigées n'est pas assez nettement accentuée et prouvée pour qu'on puisse dire avec certitude qu'elle se rencontre dans la possession invoquée par celui qui prétend avoir prescrit. Dès lors, il n'y a pas à rechercher si le vice d'équivoque est absolu ou relatif, sa nature et ses effets dépendent de la nature et des effets du vice dont l'existence est soupçonnée sans être absolument certaine. Nous avons reconnu à tous les vices proprement dits le caractère absolu, nous en concluons que l'équivoque aura toujours un effet absolu; mais si l'on décide, avec un grand nombre d'auteurs, que le vice de violence et le vice de clandestinité sont relatifs, il faudra dire que l'équivoque qui existera sur le caractère paisible ou public de la possession sera également un vice relatif.

339 *bis*. X. Nous avons, pour faire une énumération des vices correspondant exactement à l'énumération des qualités contraires exigées par la loi, parlé de l'interruption civile de la prescription comme d'un vice, et à celui-là nous avons reconnu un effet simplement relatif; si l'équivoque était possible, quant à ce vice, elle aurait une influence relative, mais les actes juridiques qui interrompent civilement la prescription ne nous paraissent guère se prêter à l'équivoque, ils ont été faits ou ils n'ont pas été faits, ils

sont valables ou nuls; dans ces divers cas, le doute n'est pas possible. Il n'y aurait que la reconnaissance du droit de propriétaire qui prêterait à l'interprétation, partant à l'équivoque. Si, plus tard, nous décidons qu'elle rend la possession précaire, il faudra dire que l'équivoque aura un effet absolu; si elle n'est qu'une véritable interruption, nous dirons qu'elle a un effet relatif et que l'équivoque sur cette reconnaissance ne peut pas avoir un effet plus étendu.

340. La prescription ne peut s'accomplir qu'autant que la possession a été continuée pendant tout le temps fixé par la loi; mais comme il serait impossible d'établir cette continuité de possession, il suffit au possesseur actuel de prouver qu'il a possédé anciennement, pour qu'il soit réputé, jusqu'à preuve contraire, avoir possédé dans le temps intermédiaire. V. art. 2234.

340 *bis*. On peut présenter la règle de l'article 2234 comme une exception à la règle sur l'équivoque. Démontrer qu'on a possédé autrefois et qu'on possède aujourd'hui, ce n'est pas prouver qu'on a possédé pendant le temps intermédiaire; donc la preuve d'une possession ayant duré pendant dix, vingt ou trente ans n'est pas complète, la démonstration est imparfaite, la condition de continuité reste douteuse; mais la loi déclare que la preuve est suffisante, c'est une nécessité pratique qui oblige à ne pas imposer au possesseur la preuve qu'il a possédé sans intermittence pendant un temps aussi long. Il y a présomption que la possession, dont il démontre le commencement, n'a pas cessé. Seulement, l'adversaire pourra prouver la cessation de la possession, autrement dit la discontinuité, et il résultera de cette preuve un obstacle à la prescription.

341. L'héritier continue la possession du défunt comme il continue sa personne. Quoique ce principe ne puisse s'appliquer au successeur particulier, celui-ci peut cependant joindre à sa propre possession celle de son auteur : ce qui fait que la loi met ici tous les successeurs sur la même ligne. V. art. 2235; mais remarquez que le successeur particulier reste toujours maître de rejeter la possession vicieuse de son auteur, et de faire commencer la sienne à partir de son acquisition (v. à ce sujet art. 2237, 2239).

341 *bis*. I. L'article 2235 traite de ce que les Romains appelaient l'*accessio possessionum*, l'accession des possessions; on doit préférer cette expression à celle de *jonction* des possessions, parce que cette dernière expression s'oppose d'ordinaire à celle de *continuation*, pour distinguer deux catégories diverses d'hypothèses parmi celles qui rentrent dans la sphère d'application de l'article 2235, et par conséquent dans la théorie plus générale de l'*accession des possessions*.

Cette accession consiste dans le rapprochement de deux possessions accomplies par deux personnes différentes, qui a pour objet de faire un total de la durée de ces deux possessions, afin que le possesseur actuel, qui n'a pas à lui seul possédé assez longtemps pour prescrire, puisse invoquer une possession d'une plus longue durée, d'où résultera la prescription.

Ce cumul de la possession de deux personnes différentes n'est possible qu'autant qu'il existe entre ces deux personnes un rapport juridique d'auteur et d'ayant cause. L'article 2235 s'exprime très-formellement sur ce point. Si ce rapport n'existe pas, il est impossible qu'une personne profite d'un acte accompli par une autre qui lui est étrangère, car il est de principe qu'un acte quelconque ne peut produire d'effets juridiques que par rapport à celui qui l'a fait : *alii neque nocet neque prodest*.

341 *bis*. II. La difficulté n'existe donc pas sur le principe, mais elle consistera à déterminer d'une façon précise ce qu'on doit entendre par un auteur et un ayant cause, puis il faudra examiner si la condition des différents ayants cause, au point de vue de l'accession des possessions, est la même.

Quant au premier point, il n'est pas embarrassant dans une foule d'hypothèses. Ainsi, l'acheteur est ayant cause du vendeur; le donataire, du donateur; le légataire particulier, du testateur. L'héritier aussi et le légataire universel sont ayants cause du défunt.

341 *bis*. III. Toutes ces personnes sont de véritables ayants cause du possesseur précédent, elles succèdent à son droit de possession comme elles succéderaient à son droit de propriété, s'il l'avait eu. Mais il faut aller plus loin et reconnaître qu'on peut être ayant cause quant à la possession, sans l'être quant à la propriété, parce qu'on peut avoir succédé juridiquement à la possession d'un autre sans lui avoir succédé quant à la propriété.

On peut, en effet, tenir sa possession d'une autre personne en vertu d'une cause juridique qui contraignait celle-ci à se démettre

de sa possession en votre faveur. *Exemple :* un possesseur de mauvaise foi vend sa possession, il déclare ne pas vendre la chose, mais céder seulement l'avantage qui résulte par lui de la possession; le cessionnaire sera certes possesseur de mauvaise foi, mais pourra-t-on dire qu'il n'a pas succédé juridiquement à son cédant et lui refuser de joindre les deux possessions pour arriver à la prescription de trente ans?

Cet exemple présente la doctrine sous son jour le plus défavorable, mais il a l'avantage de bien mettre en relief le fait juridique qui établit entre les deux possesseurs la relation d'auteur et d'ayant cause quant à la possession seulement. Il va nous servir à faire, dans d'autres hypothèses plus pratiques, la distinction fondamentale entre la succession à la propriété et la succession à la possession.

341 *bis*. IV. On a, depuis le droit romain, examiné et discuté la question de jonction des possessions entre le possesseur évincé par suite d'une action en revendication, et le revendiquant qui l'a évincé. On suppose que le revendiquant est lui-même actionné en revendication par une troisième personne, qui est le véritable propriétaire, et que, voulant opposer à ce nouvel ennemi la prescription acquisitive, il cherche à ajouter au temps de sa possession propre celle de son ancien adversaire, qu'il a évincé.

On a dit que cette prétention était inadmissible, que celui qui triomphe dans une action en revendication n'est pas l'ayant cause du défendeur, puisque sa prétention était précisément d'avoir un droit exclusif du droit du défendeur; il niait la propriété de celui-ci, il arguait d'un droit propre, donc il n'est pas son ayant cause, et cela est si clair qu'il ne souffrirait aucunement des hypothèques ou autres droits réels constitués par celui qu'il a évincé.

Nous avons répondu d'avance à ce raisonnement; il est bien certain que le revendiquant ne succède pas à la propriété du défendeur, il n'est pas son ayant cause quant à ce droit, mais l'article 2235 n'exige pas qu'on soit ayant cause quant à la propriété; il dit en termes vagues qu'on peut compléter sa possession par celle de son auteur, le rapprochement de ces deux expressions permet bien de supposer que le Code a plutôt songé à l'auteur de la possession, et quand il ajoute de quelque manière qu'on lui ait succédé, il emploie une expression qui peut très-naturellement s'interpréter dans ce sens : succéder dans la possession.

Succéder à une personne comme ayant cause, ce n'est pas seulement la remplacer, c'est avoir été avec cette personne dans une certaine relation juridique par rapport à l'objet auquel on succède. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, cette relation juridique a existé, le défendeur en revendication n'a pas, par sa volonté, abandonné la possession que l'autre partie aurait alors appréhendée, il a remis cette possession en vertu d'un jugement, et le jugement a, entre les parties, l'effet d'une convention, par exemple l'effet d'un acquiescement par lequel le premier possesseur aurait consenti à remettre la chose à l'autre (1). Dans ces hypothèses, comme dans l'exemple que nous avons d'abord examiné, il existe entre l'ancien possesseur et le nouveau une cause juridique qui fait du nouveau l'ayant cause de l'ancien.

Si l'on objecte à cette solution l'article 2243, qui déclare la prescription interrompue lorsque le possesseur a été dépossédé pendant plus d'un an même par un tiers, on peut répondre que dans l'article 2243 rien ne dit que le possesseur a repris la possession à la suite d'un jugement. Nous ajouterons d'ailleurs que les deux articles doivent se concilier de la façon suivante : quand la dépossession aura duré plus d'un an, la reprise de la possession en vertu d'un jugement n'empêchera pas l'interruption qui se sera produite lorsque le fait de dépossession primitive aura eu lieu, ce qui n'empêchera pas le revendiquant de compter en vue de l'avenir la possession de celui qu'il évince; sa possession commencera par conséquent au premier jour de la possession de celui qu'il évince, et son ancienne possession ne comptera pas. *Exemple :* Pierre possède depuis trois ans, le 1er janvier 1860, il est privé de la possession par le fait de Paul, qui s'empare de la chose; en 1870, il revendique et force Paul à le remettre en possession. Il pourra plus tard, s'il est actionné par Jean, vrai propriétaire de la chose, faire courir la prescription depuis le 1er janvier 1860, parce qu'il comptera à son profit la possession du tiers qu'il a évincé, mais il ne pourra pas commencer son compte au 1er janvier 1857, parce que cette possession qu'il a eue pendant trois ans a perdu ses effets en conséquence de l'interruption qui s'est produite par la possession de Paul pendant plus d'un an.

341 *bis.* V. Les mêmes raisonnements nous conduiront à la

(1) V. D. l. 13, §§ 9 et 10, *De acquir. possessione.*

même solution lorqu'il s'agira d'un possesseur dépossédé par une action en résolution ou en rescision. Il existe entre cet ancien possesseur et celui qui l'a remplacé une relation juridique fondée sur l'acte qui avait constitué une possession sous condition résolutoire et un droit corrélatif sous condition suspensive, ou sur le jugement qui a prononcé la rescision; si le possesseur actuel n'est pas ayant cause de l'autre en ce qui touche la propriété, il est au moins son ayant cause au point de vue de la possession.

341 *bis*. VI. Parmi les ayants cause que nous avons énumérés, quelques-uns sont ayants cause à titre particulier, quelques autres à titre universel. Leur situation, au point de vue de l'accession des possessions, n'est pas la même. L'ayant cause universel, n'ayant pas d'autre titre que celui de son auteur, prend la possession telle que l'avait celui-ci, notamment avec ses vices; si elle est précaire, elle reste pour lui entachée de précarité (art. 2237); si elle est clandestine ou violente, elle ne peut conduire à la prescription qu'autant que le vice aura cessé. Ces solutions sont hors de doute en ce qui concerne les héritiers, mais elles doivent être étendues aux autres successeurs universels, car ceux-ci n'ont pas plus que les héritiers un titre propre pour posséder, ils ont trouvé la chose dans l'ensemble des biens du défunt et ne peuvent pas avoir plus de droits que lui. Ces idées sur la possession des ayants cause universels sont résumées dans l'expression qui désigne habituellement ce genre d'accession. Il y a, dit-on, dans ces hypothèses, *continuation* de la possession, d'où il résulte que la possession ne change pas de caractère.

341 *bis*. VII. On réserve au contraire la dénomination de *jonction des possessions* à l'accession qui a lieu au profit d'un acquéreur à titre particulier. Celui-ci commence certainement une possession qui lui est propre, et qui, par conséquent, peut être exempte des vices qui entachaient celle de son auteur. S'il achète d'un dépositaire, il a une intention que n'avait pas son auteur, il a la prétention à la propriété, et le dépositaire ne pouvait pas l'avoir. Il peut donc prescrire en s'appuyant sur sa seule possession si elle a duré assez longtemps, et, n'ayant pas besoin de se prévaloir de la possession de son auteur, il ne souffrira pas des vices de cette possession. Que, s'il n'a pas personnellement possédé assez longtemps, il pourra ajouter à sa possession celle de son auteur (*jungere possessiones*), mais alors il faudra que cette dernière possession ne soit

pas vicieuse. Il y a dans ce cas *jonction* des possessions; sa raison d'être, c'est que l'auteur a cédé avec la chose tous les droits qu'il avait sur cette chose, et que la possession non vicieuse avec la chance d'acquérir par prescription était le principal de ces droits.

En résumé, la continuation de la possession est nécessaire, tandis que la jonction est facultative.

CHAPITRE III.

DES CAUSES QUI EMPÊCHENT LA PRESCRIPTION.

342. La possession ne pouvant servir à la prescription si elle n'est à titre de propriétaire (art. 2229), et celle qui a commencé à un titre étant toujours censée se continuer au même titre (art. 2231), il est tout simple que ceux qui possèdent pour autrui ne puissent jamais prescrire. Cette règle, qui comprend tous les détenteurs précaires, est spécialement appliquée par la loi au fermier, au dépositaire et à l'usufruitier. V. art. 2236.

342 *bis*. I. Malgré la généralité de sa rubrique, le chapitre III ne contient que des règles sur la précarité, c'est-à-dire des développements sur une des conditions exigées par l'article 2229, ce qui explique comment la loi revient sur un certain nombre d'idées qui étaient contenues dans les termes mêmes des articles du précédent chapitre.

La loi commence par poser en principe que la précarité est un vice qui empêche à jamais la prescription, puis elle indique quelques possesseurs précaires; de l'ensemble de l'article, il est facile de déduire la définition de la possession précaire. C'est la possession pour autrui en vertu d'un titre qui oblige le possesseur à restituer. Le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, appuient leur détention sur un titre ou une cause qui implique qu'à une certaine époque ils seront tenus de rendre la chose au bailleur, au déposant, au nu propriétaire; donc ils n'ont pas l'*animus domini*, d'où il résulte que leur possession n'est pas une véritable possession. Ce ne sont pas les seuls personnes qui détiennent précairement, on peut citer encore les mandataires, les commodataires, les gagistes, et parmi ceux-ci les antichrésistes.

342 *bis*. II. Tous ces détenteurs, par la qualité même de leur possession, n'annoncent pas de prétention à la propriété, et rien dans les actes qu'ils accomplissent ne provoque des protestations de la part du vrai propriétaire, quel qu'il soit. Il faut cependant observer que le propriétaire véritable, quand ce n'est pas lui qui a conféré la possession au possesseur précaire, doit se garder contre les conséquences de cette possession, car le possesseur précaire, s'il ne peut pas prescrire pour son compte, possède pour autrui ; le bailleur, le déposant, le mandant possèdent et prescrivent par lui. Le vrai propriétaire devra donc mettre obstacle à la prescription, mais il devra, pour obtenir ce résultat, agir contre le vrai possesseur; une interruption signifiée au possesseur précaire serait inutile par rapport à celui-ci et sans effet par rapport au véritable possesseur.

342 *bis*. III. Quand l'article dit que le détenteur précaire ne peut jamais prescrire, il entend non-seulement qu'il ne prescrira pas, quelle que soit la durée de sa possession, mais encore qu'il ne pourra pas commencer à prescrire alors même qu'il aurait perdu la qualité qui le constituait possesseur précaire. Le bail est expiré, l'usufruit est éteint, la prescription ne devient pas possible pour cela parce que la possession est viciée dans son principe et que, le possesseur eût-il changé d'intention, il resterait toujours une équivoque sur le caractère de sa possession.

342 *bis*. IV. Quant à l'usufruitier, nous avons une réserve à faire. Ce qu'il possède précairement, ce qu'il ne peut pas acquérir par prescription, c'est la chose même, le fonds soumis à son usufruit, mais il possède, *animo domini,* son droit d'usufruit, il ne le possède pas pour autrui, c'est pourquoi nous avons admis qu'on peut acquérir l'usufruit par prescription (1).

342 *bis*. V. L'article 2236 n'est, sa place l'indique, applicable qu'à la prescription afin d'acquérir; or, les personnes dont il parle sont tenues d'une obligation de restituer, et par conséquent sous le coup d'une action personnelle fondée sur le bail, le dépôt, le mandat, qui s'éteint par trente ans (art. 2262). N'y a-t-il pas une certaine incohérence entre ces deux idées, et les dispositions des articles 2236 et 2262 ne sont-elles pas inconciliables? Non certes, car la prescription acquisitive et la prescription libératoire n'auront pas exactement les mêmes effets, et par conséquent on peut com-

(1) V. t. II, n° 418 *bis*, IV et V.

prendre que l'article qui rend l'une des deux impossibles ne rende pas sans intérêt l'autre prescription. Le dépositaire ou le locataire qui aura prescrit sa libération et qui restera exposé à l'action réelle, aura toujours gagné quelque chose à l'extinction de l'action personnelle. En effet, il n'est plus tenu des obligations qui grèvent un débiteur de corps certain à propos de la chose, donc il ne devra pas de dommages-intérêts pour des négligences qui auraient eu pour conséquence la détérioration de la chose; on ne peut pas lui reprocher de ne l'avoir pas soignée comme un bon père de famille, il ne répond que de son dol; puis, s'il l'a aliénée, il n'est pas tenu envers le propriétaire, qui n'a plus qu'une action en revendication contre le possesseur actuel, tandis que, tenu de l'obligation personnelle, il resterait débiteur malgré l'aliénation. Les deux prescriptions ont donc leur caractère et leurs effets distincts, on comprend que la loi ait pu, sans être inconséquente, prohiber l'une et admettre l'autre.

343. Les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, il est naturel qu'ils succèdent au vice de sa possession. V. art. 2237.

343 *bis*. I. Nous avons expliqué, au n° 351 *bis*, comment l'héritier continuant la possession du défunt la recueillait avec ses vices et ne pouvait pas prescrire quand elle était précaire. Nous avons également décidé que dans les héritiers, la loi comprenait tous les successeurs universels tenus de toutes les obligations de leur auteur. Nous n'avons pas à y revenir. Nous ferons seulement remarquer que la loi ne fait aucune distinction entre les héritiers des diverses personnes dont elle a parlé à l'article 2236; que, par conséquent, notre article s'applique aux héritiers de l'usufruitier. On en avait douté autrefois, parce que le titre de l'usufruitier s'éteignant quand il meurt et n'étant pas transmissible, on pouvait prétendre que les héritiers possédaient en vertu d'un titre nouveau, qu'ils avaient forcément l'*animus domini*. Cette doctrine était repoussée par les auteurs les plus autorisés, parce que la situation de ces héritiers a toujours quelque chose d'équivoque. Il est toujours possible de croire qu'ils détiennent avec l'intention de restituer à première réquisition, qu'ils ne connaissent pas le nu propriétaire et qu'ils attendent qu'il se présente. Cela suffit pour qu'on ne soit pas sûr qu'ils possèdent à titre de propriétaire.

343 *bis*. II. Outre les détenteurs dont parlent les articles 2236 et

2237 et ceux que nous leur avons assimilés, il en est quelques autres à l'égard desquels il y a lieu d'examiner s'ils sont des détenteurs précaires ou s'ils possèdent à titre de propriétaire. Il s'agit des personnes qui ont directement ou indirectement reconnu le droit d'une autre personne, sans promettre expressément de posséder pour cette personne. Par exemple, on peut supposer un vendeur qui conserve la possession de la chose vendue. Entre ces deux personnes, le vendeur et l'acheteur, nous ne voyons pas exprimée la convention qui autorise le détenteur à garder la chose pour en tirer un certain usage et à la restituer plus tard, mais nous pensons que, pour n'être pas exprimée, cette convention n'en existe pas moins. Comment l'acheteur n'a-t-il pas immédiatement exigé la possession? Ce sera le plus souvent parce qu'il ne payait pas comptant, le vendeur conservait la chose jusqu'au paiement (art. 1612), le vendeur a donc gardé la chose à titre de gage; si un terme avait été accordé à l'acheteur, il pouvait exiger la livraison; ne l'exigeant pas, n'a-t-il pas montré qu'il confiait pour un temps la chose à la garde du vendeur? Que celui-ci ait été dans le principe gagiste ou gardien, ces deux qualités le constituent détenteur précaire *ab initio,* et cela suffit pour qu'il ne puisse jamais prescrire. Dira-t-on qu'il ne détenait pas pour autrui (art. 2236)? Cela serait inexact, car grâce à la jonction des possessions, l'acheteur peut se prévaloir de la possession de vendeur, et aussi bien de celle qui est postérieure à la vente que de celle qui lui est antérieure; on est donc dans les termes mêmes de l'article qui définit la précarité.

343 *bis*. III. A côté du vendeur nous plaçons le possesseur qui, ayant d'abord possédé pour lui-même, fait plus tard une reconnaissance du droit d'une autre personne. Celui-ci ne peut pas être considéré comme ayant conservé l'*animus domini*. Quelle serait cette prétention au titre de maître qui se concilierait avec l'aveu qu'un autre est le vrai maître et qu'il peut évincer quand il le voudra? La possession cesse d'être la vraie possession. Il arrive alors, en sens inverse, ce que l'article 2238 appelle l'interversion du titre; de même qu'en opposant une contradiction au droit du propriétaire le détenteur précaire devient possesseur proprement dit; de même en reconnaissant le droit du propriétaire, le possesseur manifeste un changement dans son *animus*, il intervertit son titre et sa qualité; de possesseur, il devient détenteur précaire. Rien de plus correct, du reste; comment, après sa reconnaissance, peut-il avoir conservé

la chose? Ce ne peut être que par une convention avec le propriétaire qui a consenti à la lui prêter ou à la lui confier pour qu'il l'administrât. Si l'on ne suppose pas cette convention, on ne comprend pas pourquoi le propriétaire ne s'est pas fait restituer la chose; dès lors la convention doit être interprétée ainsi, puisqu'il faut toujours y rechercher la commune intention des parties (art. 1156). De cette interprétation il résulte que l'auteur de la reconnaissance est devenu détenteur précaire en vertu de l'article 2236.

343 *bis*. IV. Notre décision soulève une objection tirée du texte de l'article 2248. Cet article a parlé de la reconnaissance faite par un possesseur, et il l'a considérée comme un acte interruptif de prescription; or l'effet de l'interruption n'est pas de rendre la prescription impossible dans l'avenir, il consiste à faire considérer comme non avenue toute possession antérieure; de là on conclut que la reconnaissance ne rend pas précaire la possession de son auteur, puisque, si cette possession était précaire, elle ne pourrait conduire à la prescription.

Cette objection ne nous arrête pas, parce que l'article 2248 ne parle pas spécialement et principalement de la reconnaissance faite par un possesseur, il n'en étudie pas tous les effets. C'est un article qui fait partie d'une énumération sommaire et non explicative des actes interruptifs; il réunit, dans la même phrase, la reconnaissance d'un débiteur et celle d'un possesseur; il les assimile peut-être un peu à la légère, apercevant clairement que ces deux reconnaissances font obstacle à une prescription fondée sur le laps du temps antérieur, mais ne s'occupant pas de la difficulté qui peut s'élever sur le temps à courir ultérieurement. Sa pensée est celle-ci : de la reconnaissance résulte, dans les deux cas, un obstacle à la prescription; quant à la nature de l'obstacle dans chacune des hypothèses prévues, elle dépend des règles qui sont particulières à chacune d'elles, l'application de ces règles est sous-entendue.

Nous ajouterons que le Code a peut-être eu en vue certaines reconnaissances faites par des possesseurs qui, sans qu'aucune difficulté pût s'élever, n'auraient qu'un effet interruptif, parce que le droit reconnu n'étant pas inconciliable avec la propriété de celui qui fait la reconnaissance, il serait impossible de penser que la reconnaissance contient une convention faisant de l'auteur de cette reconnaissance un possesseur précaire. Nous songeons à la reconnaissance d'hypothèque, elle interrompra certainement la prescription

de l'hypothèque, mais le possesseur de l'immeuble n'aura certes pas changé le caractère de sa possession, et il serait impossible de dire qu'il possède désormais pour le créancier hypothécaire.

Il en sera de même de la reconnaissance d'une servitude que le propriétaire du fonds dominant n'exerce pas et pour laquelle il craint l'extinction par non-usage. La reconnaissance émanée du propriétaire du fonds servant interrompt la prescription, elle implique renonciation à se prévaloir du non-usage antérieur; mais, à partir de la reconnaissance, trente années de non-usage éteindraient la servitude. C'est qu'en effet la servitude ne s'éteint pas par trente ans d'une possession contraire à la servitude, et que, dès lors, il n'y a pas à examiner si l'auteur de la reconnaissance est devenu possesseur précaire.

La reconnaissance d'un droit d'usufruit par le nu propriétaire nous fournirait une troisième hypothèse. Cela suffit, à notre sens, pour expliquer comment l'article 2248 a pu rapprocher les reconnaissances faites par un possesseur de celles qui émanent d'un débiteur; il a songé aux reconnaissances qui ressemblent le plus aux reconnaissances de dettes, et il a laissé à la doctrine la charge de distinguer, parmi les reconnaissances des possesseurs, celles qui n'auront que l'effet interruptif de celles qui, en vertu des principes précédemment posés, auront l'effet interruptif aggravé par cette circonstance que l'interruption est définitive.

343 *bis*. V. Il est une hypothèse voisine de celle que nous venons d'examiner et qui ne doit pas cependant lui être assimilée. C'est celle où un possesseur a été condamné par jugement à livrer la chose qu'il possède à un revendiquant. Comme il n'est intervenu entre les parties qui se disputaient la propriété aucune convention, il n'y a plus place au raisonnement que nous avons fait au cas de vente sur l'article 1156, l'exécution du jugement est une nécessité que subira le possesseur, quand on la lui imposera, mais rien n'indique que sa volonté d'être propriétaire ait changé et qu'il ait consenti à posséder au nom d'autrui. Or, c'est le consentement à posséder pour autrui qui constitue le caractère distinctif de la possession précaire; nous ne devons donc pas dire que le défendeur à la revendication ne pourra pas prescrire à partir du jugement.

344. Au reste, la règle qui interdit au détenteur précaire et à ses héritiers la faculté de prescrire, par quelque laps de

temps que ce soit, n'étant fondée que sur la présomption légale de l'article 2231, et cette présomption légale cédant à la preuve contraire, notre règle doit recevoir exception, lorsqu'il apparaît d'un nouveau titre de possession conféré par un tiers, ou lorsque la contradiction opposée au droit du propriétaire a suffisamment notifié à celui-ci qu'on n'entendait pas posséder pour lui. Dans l'un comme dans l'autre cas, le titre vicieux est interverti, et la prescription devient possible. V. art. 2238.

344 *bis*. I. Le vice de précarité est, nous l'avons dit, dans la personne du possesseur et de ses ayants cause à titre universel un obstacle sérieux à la prescription, mais ce vice n'est pas indélébile. Le temps, il est vrai, n'en purge pas la possession, il faut, pour arriver à ce résultat, des événements nouveaux qui changent la nature du titre de possession, c'est ce que l'article 2238 appelle l'*interversion du titre*.

Cette interversion ne peut pas résulter de la simple volonté du possesseur. Vainement il ferait des actes de maître, il couperait des futaies, démolirait des édifices, il n'en continuerait pas moins à posséder précairement, parce qu'on suppose que le vrai propriétaire, rassuré par le caractère primitif de la possession, ne surveillerait pas les actes du possesseur. Cette règle est formulée dans l'article 2240, et l'article 2238 la sous-entend.

L'interversion du titre peut se produire utilement dans deux hypothèses qu'indique l'article 2238 et qui ont ce caractère commun que le possesseur n'a pas agi *seul* pour transformer la cause de sa possession.

344 *bis*. II. Nous examinerons d'abord, comme étant la plus simple, l'hypothèse que l'article présente en seconde ligne. *La contradiction opposée au droit du propriétaire :* le possesseur, le fermier par exemple, déclare qu'il n'entend plus posséder pour celui de qui il tenait la possession ; il nie ouvertement le droit de son bailleur. Cette déclaration doit avoir un caractère véritablement contradictoire, c'est-à-dire s'adresser personnellement à celui qu'elle intéresse, ce ne doit pas être une simple annonce faite *in rem,* s'adressant à tous et par conséquent à personne, le mot contradiction implique bien que celui qui possédait par le détenteur précaire joue un rôle au moins muet et passif dans l'acte du détenteur, de telle sorte que

celui-ci ne se change pas à lui-même la cause de la possession.

La contradiction la plus nette et la plus précise résultera d'un acte d'huissier signifiant la volonté de ne plus posséder au nom de celui à qui elle est adressée; mais il n'est pas nécessaire que la contradiction soit opposée à l'adversaire sous cette forme, elle peut se produire sous une forme non juridique par des faits qui impliqueront la méconnaissance du droit de celui de qui l'on tient la possession. *Exemples :* le fermier refuse le paiement en s'appuyant sur ce qu'il est propriétaire de l'immeuble; le mandataire refuse par le même motif de rendre compte de sa gestion. Dans ces hypothèses ce n'est pas le simple refus de paiement ou le simple retard dans la reddition du compte qui constitue la contradiction, car ces faits peuvent être le résultat du manque d'argent, de la mauvaise volonté ou de l'inertie du possesseur, c'est le refus de paiement ou du compte fondé sur une prétention à la propriété, annonçant par conséquent contradictoirement avec l'auteur de la possession la volonté de ne plus posséder pour lui : *non simplex cessatio solutionis sed factum coloni proclamantis ad libertatem.* On peut considérer encore comme contredisant le droit du bailleur l'expulsion violente de ce bailleur par le fermier. Mais encore ici faudra-t-il supposer que le fermier accomplit les actes d'expulsion en se prétendant propriétaire, sinon il paraîtrait simplement avoir défendu un peu énergiquement les droits qu'il tenait du bail.

344 *bis.* III. Dans cette dernière hypothèse, il y a un élément de pur fait, l'expulsion, qui pourra être prouvée par témoins, car celui qui l'a accomplie ne pouvait pas s'en procurer une preuve écrite; mais il y a un autre élément, un élément intentionnel, la prétention d'être propriétaire de l'immeuble. Dans les autres hypothèses, outre qu'il existe aussi cet élément intentionnel, le fait lui-même n'est pas impossible à prouver par écrit, on a refusé le paiement des loyers ou la reddition d'un compte, pourquoi ne pas faire constater ces faits en signifiant à l'adversaire qu'on n'entend pas le payer ou lui rendre compte? De même, quant à l'élément intentionnel, pourquoi faire venir des témoins attestant qu'il a été dit, lors de l'expulsion ou du refus de paiement ou de compte, que la partie se prétendait propriétaire? N'est-il pas facile de faire constater par acte écrit ces prétentions? Quand il s'agit du fait d'autrui, d'un délit par exemple ou d'un quasi-délit, d'un fait commun à la partie et à autrui, comme le dépôt nécessaire, on comprend l'impossibilité

de se procurer une preuve écrite au moment où le fait s'accomplit, l'auteur du fait dommageable refuserait de signer la preuve de sa faute, dans le cas de dépôt le temps manque, et une fois le dépôt opéré, il est trop tard, le dépositaire peut également ne pas consentir à donner une preuve contre lui. Mais quand il s'agit de constater l'intention de la partie qui a intérêt à se procurer une preuve, quand cette intention, qui doit être persévérante, peut être constatée aussi utilement le lendemain du jour où l'acte qu'elle caractérise a été accompli, que le jour même de l'accomplissement de cet acte, quand la preuve n'a pas besoin d'émaner de l'autre partie, qu'une déclaration par huissier la constituera, on ne doit pas dire que la rédaction d'une preuve écrite a été impossible, on n'est plus protégé par la disposition de l'article 1348, on retombe sous l'empire de l'article 1341, et il doit être passé acte de la contradiction comme de toute chose excédant la somme ou valeur de 150 francs (1).

344 *bis*. IV. La décision de l'article 2238 sur l'interversion de titre, fondée sur la contradiction opposée au droit du propriétaire, se justifie très-nettement dans le cas où le propriétaire, dont on a contredit le droit, est précisément celui contre qui l'on voudrait opposer la prescription. Il était prévenu, il pouvait protester, son silence est une cause très-équitable de prescription. C'est évidemment l'hypothèse que les rédacteurs du Code civil ont aperçue. Mais il ne faut pas oublier que la précarité est un vice absolu, que le fermier qui a reçu à bail un fonds ne peut pas plus le prescrire contre Pierre, étranger à la convention du bail, que contre Paul, son bailleur, et ceci étant, il y a lieu de se demander si la contradiction opposée au droit de Paul bailleur intervertit le titre à l'égard de Pierre, vrai propriétaire. Nous pensons qu'il doit en être ainsi; l'article 2238, en effet, indique sans distinction deux hypothèses, dont l'une certainement nous montre l'interversion du titre produisant un effet *erga omnes*, nous parlons de la première espèce que nous allons bientôt examiner; il est présumable que l'autre cause d'interversion produit également un effet absolu. Si l'on examine d'ailleurs la théorie même de la précarité, on peut remarquer que le vice de précarité qui produit des effets absolus résulte de faits qui, en eux-mêmes, ont un caractère relatif; le contrat de mandat

(1) V. cependant Aubry et Rau, t. III, p. 84. Édit. 1856.

ou de louage est un acte qui s'est produit entre deux personnes déterminées, et ce n'est pas seulement par rapport au bailleur ou au mandant que la possession est précaire, elle l'est à l'égard de tous. De même le fait qui intervertit le titre, ce que la loi appelle la contradiction au droit de propriétaire, se produira dans les rapports entre le fermier et le bailleur, le mandataire et le mandant, mais il produira des effets *erga omnes*. La cessation de la précarité est soumise à la même règle que la création de la précarité.

Il ne faut pas s'en étonner, car la précarité n'est un vice que parce qu'elle montre l'absence d'*animus domini*. Or, l'*animus* peut changer, et dans la théorie pure on comprendrait que la prescription devînt possible, quand par un changement d'intention, le simple détenteur deviendrait possesseur. Si la loi ne permet pas cette transformation (art. 2240), c'est parce que la mutation d'intention serait trop difficile à saisir, que les juges eux-mêmes ne pouvant pas scruter le fond des consciences, n'auraient pas le moyen de la constater. La loi veut un fait matériel précis qui manifeste ce changement de pensée (art. 2238). Mais ce fait matériel étant démontré, il en résulte que la possession proprement dite a existé, et de sa nature la possession produit ses effets *erga omnes*.

Les inconvénients de cette décision ne seront pas considérables, car il faudra toujours que l'interversion ait eu une certaine publicité, sans quoi la possession elle-même devrait être considérée comme clandestine, car ce ne sont pas seulement les faits matériels de jouissance qui doivent être publics, mais les caractères mêmes de cette jouissance, qui en font une véritable possession.

344 *bis*. V. L'interversion du titre peut encore avoir lieu par *une cause venant d'un tiers*. Il s'agit alors du cas où une personne autre que le véritable propriétaire donne au possesseur un titre nouveau qui se substitue au titre précaire. Cette personne, par exemple, vend ou donne la chose au possesseur précaire.

C'est peut-être le bailleur, le mandant ou le prétendu nu-propriétaire qui vend la chose au preneur, au mandataire, à l'usufruitier prétendu. C'est l'hypothèse la plus normale, les choses se passeront alors probablement de bonne foi. Si la chose n'appartenait pas au bailleur, au mandant ou au prétendu nu-propriétaire, l'acheteur n'a pas acquis la proprieté, il a intérêt à prescrire contre le véritable propriétaire, et l'article lui en donne le droit.

Il peut arriver aussi que le détenteur précaire traite avec un véri-

table tiers, c'est-à-dire un autre que celui de qui il tient la possession ; il achète de lui la chose, ce qui suppose, s'il est de bonne foi, qu'il ne croit plus que celui de qui il tenait la chose est propriétaire. Que son vendeur n'ait pas la propriété, il ne l'acquiert pas par son achat, mais il a changé son titre de possession, et il peut prescrire contre le vrai propriétaire, qui est peut-être son bailleur ou son mandant.

Nous avons, pour rendre l'hypothèse vraisemblable, supposé la bonne foi du détenteur, mais cette bonne foi n'est pas nécessaire ; l'article 2238 n'en fait pas une condition de l'interversion, ce qui est parfaitement logique, puisque la loi admet la prescription de mauvaise foi. Il faut observer cependant que bien souvent cette interversion sera clandestine ou au moins équivoque, car la vente faite au fermier de Paul par Pierre aura, la plupart du temps, été ignorée de tous, et alors l'interversion du titre ne rendra pas la prescription possible ; mais il pourra arriver que le fait qui a interverti le titre de possession ait reçu une véritable publicité, si l'acte de vente a été transcrit, on pourra quelquefois trouver qu'il a été public, d'autres fois la vente aura été faite aux enchères après apposition d'affiches, et il sera impossible de la considérer comme clandestine.

345. Si le titre nouveau conféré au détenteur suffit pour faire disparaître le vice de sa possession, on sent que, par la même raison, le titre conféré par lui à un tiers peut rendre celui-ci habile à prescrire. V. art. 2239.

345 *bis*. L'article 2239 fait simplement l'application d'un principe que nous avons déjà posé, c'est que le successeur à titre particulier a une possession distincte de celle de son auteur, et que s'il peut joindre sa possession à celle de cet auteur, il n'est pas obligé de confondre les deux possessions en continuant celle à laquelle il a succédé.

346. Mais le détenteur ne peut, sans l'intervention d'un tiers, ou sans le concours du propriétaire, changer lui-même la cause et le principe de sa possession. C'est en ce sens que le Code a consacré cette ancienne maxime, qu'*on ne peut prescrire contre son titre*. V. art. 2240.

346 *bis*. Nous avons été obligé de poser la règle de l'article 2240 pour expliquer l'article 2236, nous n'avons par conséquent qu'à

renvoyer à ce que nous avons dit sur ce dernier article. Nous devons seulement faire remarquer que la maxime : On ne peut se changer à soi-même la cause de la possession, est empruntée au droit romain (1), mais qu'elle n'a plus tout à fait en droit français la même portée qu'en droit romain. L'usucapion n'étant admise à Rome qu'en faveur du possesseur de bonne foi, l'interversion du titre, autrement que par un fait venant d'un tiers, ne pouvait être d'aucune utilité, et la règle paraissait sans utilité, sauf en ce qui concerne l'*usucapio lucrativa,* qui avait lieu sans bonne foi (2). Chez nous, la règle a d'autant plus d'importance que nous admettons la prescription de mauvaise foi.

347. Cette maxime, au reste, n'a aucune application à la prescription, comme moyen de se libérer d'une action personnelle. Car c'est toujours contre le titre qui établit l'obligation que le débiteur prescrit sa libération. V. art. 2241.

347 *bis*. L'article 2241, étranger à la matière, puisqu'il parle de la prescription libératoire, est le résultat d'une équivoque sur le mot titre. Ce mot, dans cet article, ne désigne plus une cause de possession, un fait juridique sur lequel s'appuie un droit, il désigne un écrit servant de preuve à l'existence d'une obligation. Le débiteur prescrit sa libération, il rend désormais le titre inutile, cela est bien clair, mais ce n'est pas une exception à l'article précédent, car le débiteur prescrit sans posséder, et sa prescription n'implique pas qu'il change la cause et le caractère d'une possession. Bien plus, en laissant même au mot titre le sens spécial qui lui appartient entre un créancier et son débiteur, on ne pourrait pas dire que celui-ci prescrit contre son titre, car l'écrit qui constate l'obligation est le titre du créancier, il prescrit donc contre le titre du créancier et non contre le sien.

(1) V. l. 3, §§ 18 et 19, D. *De adq. vel amitt. possessione.*
(2) V. Gaius. Com., 11, 52-61.

CHAPITRE IV.

DES CAUSES QUI INTERROMPENT OU SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION.

348. L'interruption diffère de la suspension en ce que la première rend inutile le laps de temps antérieur; au lieu que la suspension arrête seulement pour un temps le cours de la prescription, sans l'empêcher de se continuer ensuite.

348 *bis*. I. Après avoir énuméré les conditions nécessaires pour que la prescription commence à courir, la loi s'occupe des obstacles qui peuvent en arrêter le cours. Ces obstacles sont de deux natures, ce sont des *interruptions* ou des *suspensions*.

L'interruption est un événement qui survient au cours d'une prescription et qui l'arrête en ce sens qu'il rend inutile le temps déjà écoulé depuis le commencement de la prescription, mais sans empêcher la prescription de recommencer à courir à l'instant même. *Exemple :* une prescription qui doit durer trente ans a couru pendant vingt années, survient une interruption; le bénéfice des vingt années écoulées est perdu, mais la prescription n'est pas rendue impossible, elle recommence à courir du jour de l'interruption, et elle sera acquise trente ans après cet événement, s'il n'en est pas survenu d'autres de même nature.

348 *bis*. II. La suspension est un obstacle temporaire au cours de la prescription; tant que cet obstacle dure, le temps qui s'écoule ne peut pas compter; mais quand l'obstacle a cessé d'exister, le temps peut utilement commencer ou recommencer à courir, et le temps écoulé après la suspension pourra être joint au temps qui avait couru avant cette suspension, afin de compléter plus facilement le délai requis pour prescrire.

Nous venons de supposer qu'à l'expiration de la suspension la prescription peut ou commencer ou recommencer à courir. Cette alternative résulte de ce que la suspension étant un obstacle d'une certaine durée, il est possible qu'il existe, avant même la naissance du droit contre lequel est dirigee la prescription, alors la prescription ne commence qu'à la cessation de la suspension, et l'on ne peut

pas songer à joindre le temps antérieurement écoulé au temps nouveau qui va courir.

Exemple : Une prescription qui doit durer trente ans court depuis vingt ans; survient une cause de suspension qui dure dix ans; ces dix années ne peuvent pas compter, mais la cause de suspension ayant cessé, la prescription recommence à courir, et, comme les vingt ans du temps antérieur comptent, il suffira de dix années pour arriver à une prescription complète. *Autre exemple :* Un droit naît au profit d'une personne en faveur de qui existe une cause de suspension (art. 2252); la prescription contre ce droit ne peut pas commencer; lorsque la cause aura cessé, la prescription ne recommencera pas, elle commencera, il faudra que le délai complet s'écoule depuis la cessation de la suspension.

348 *bis.* III. Les théories de l'interruption et de la suspension sont communes aux deux prescriptions. Sur quelques points de détail nous aurons seulement des différences à signaler, mais l'ensemble des règles est applicable indistinctement à la prescription à fin d'acquérir et à la prescription à fin de se libérer.

SECTION I.

Des causes qui interrompent la prescription.

349. La présomption qui sert de base à la prescription ne pouvant naître que de la continuité de la possession avec les qualités requises, ou, dans tous les cas, de la continuité du silence gardé par le propriétaire ou le créancier dont on méconnaît le droit, on conçoit que la dépossession de celui qui prescrit à l'effet d'acquérir, la réclamation légalement formée par le propriétaire ou le créancier, enfin la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrit, rendent inutile le temps qui a couru jusque-là. Tous ces cas sont compris sous le nom d'interruption naturelle ou civile (1). V. art. 2242.

(1) La prescription à l'effet d'acquérir reposant sur la possession, elle doit continuer à courir tant que dure la possession. Dès lors, tout fait qui n'est pas de nature à interrompre la possession ne peut évidemment interrompre le cours de la prescription à l'effet d'acquérir. Mais la possession n'étant pas une condition de

349 *bis*. L'article 2242 ne contient qu'une division que les articles suivants développent. Il y a deux sortes d'interruptions de la prescription : l'*interruption naturelle* et l'*interruption civile*. La première résulte de faits matériels qui portent atteinte à la possession de celui qui prescrit, elle ne peut par conséquent se rencontrer qu'en matière de prescription acquisitive, la seule qui exige la possession. La seconde résulte d'actes juridiques impliquant ou une protestation de celui contre qui la prescription s'accomplit, ou reconnaissance du droit de celui-ci par l'autre partie.

De cette notion première des deux genres d'interruption, nous pouvons tirer cette conséquence que l'interruption naturelle aura un effet *erga omnes*, puisqu'elle suppose une défaillance dans la possession, et que la possession est, *erga omnes*, la condition *sine qua non* de la prescription acquisitive; tandis que l'interruption civile ne profite pas aux personnes étrangères à l'acte interruptif, en vertu de la règle *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*.

350. L'interruption naturelle est particulière à la prescription à l'effet d'acquérir; elle consiste dans la dépossession; mais la possession se conservant *solo animo*, tant qu'un autre ne s'est pas emparé de la chose qu'on cesse de détenir, il n'y a interruption que lorsque la possession a été recouvrée par le propriétaire ou prise par un tiers. En outre, la faculté qu'a le possesseur annal de se faire maintenir ou réintégrer en intentant dans l'année l'action possessoire (C. Pr., art. 23), ne permet pas de considérer comme véritable dépossession celle qui n'a pas duré une année. V. art. 2243.

350 *bis*. I. L'interruption naturelle consiste dans une cessation temporaire de la possession; comme la possession doit être continue, elle perd ce caractère quand elle cesse de se manifester pen-

la prescription à l'effet de se libérer, l'interruption à l'égard de cette dernière doit se régir par d'autres principes. Si le législateur s'était attaché à cette idée, qui paraît fondamentale, peut-être eût-il moins généralisé les idées contenues en cette section. Peut-être, par exemple, la signification d'un acte extrajudiciaire, insuffisante, comme de raison, pour interrompre la prescription à l'effet d'acquérir, aurait-elle été jugée capable d'interrompre la prescription à l'effet de se libérer; peut-être la citation devant un juge incompétent, qui devait naturellement suffire pour interrompre la prescription à l'effet de se libérer, n'aurait-elle pas été également déclarée interruptive de la prescription à l'effet d'acquérir. (Note de M. DEMANTE.)

dant un certain temps, et la prescription acquisitive devient impossible jusqu'à ce que la possession recommence avec le caractère de continuité.

Le Code, dans l'article qu'il consacre à l'interruption naturelle, n'a en vue qu'une hypothèse, la seule qui se présente habituellement; il suppose que le possesseur a cessé de posséder parce qu'il a été dépouillé de la possession par le fait d'autrui. Alors la théorie de la prescription subit l'influence de la théorie sur les actions possessoires. D'après l'article 23 du Code de procédure, le possesseur dépouillé par le fait d'autrui jouit du délai d'un an pour intenter l'action possessoire et se faire réintégrer, d'où il résulte que pendant cette année il est considéré comme possesseur et qu'il est nécessaire que l'usurpation ait duré une année sans réclamation au possessoire pour que la prescription soit interrompue naturellement.

350 *bis*. II. La possession qui, après avoir duré un an, interrompt la prescription qu'accomplissait le précédent possesseur, est la possession d'un tiers quelconque, il n'est pas nécessaire qu'elle résulte des actes de celui contre qui courait la prescription (le Code l'appelle l'ancien propriétaire, il veut dire l'ancien possesseur, ou peut-être le vrai propriétaire, celui que menaçait la prescription interrompue). Quand la dépossession est le fait d'un étranger, le vrai propriétaire peut néanmoins alléguer que la prescription a été interrompue, puisque la possession de celui qui prescrivait a cessé pendant une période de temps supérieure à un an.

350 *bis*. III. Nous l'avons dit plus haut, le Code n'a envisagé la dépossession que dans l'hypothèse où un tiers aurait occupé l'immeuble, c'est dans ce cas seulement que l'action possessoire est possible, et le renvoi tacite que l'article fait aux règles sur cette action montre clairement la pensée du législateur.

Il peut arriver toutefois qu'un possesseur cesse de posséder sans être dépouillé par un tiers. Il aura, par exemple, abandonné la volonté de posséder, abdiqué manifestement, il n'aura plus l'*animus domini*, donc il ne possédera plus. S'il se repent, s'il reprend possession, il pourra certes prescrire, mais on ne devra pas faire entrer dans le calcul de la durée de sa possession le temps de sa première possession; il y aura certes là une interruption naturelle qui n'aura pas besoin de s'appuyer sur l'article 2243, mais qui sera la conséquence de l'article 2229; la possession n'aurait pas été continue si

l'on cherchait à réunir ses deux tronçons. Ce n'est pas le cas de dire, avec M. Demante, que la possession s'était conservée *animo solo*, puisque nous supposons en fait que l'*animus* manquait.

350 *bis*. IV. Cette hypothèse est certainement des plus rares, parce qu'on ne verra guère un possesseur prendre la peine de déclarer ou de manifester par des actes qu'il entend abdiquer sa possession. Mais ce qu'on peut plus facilement supposer, c'est la négligence d'un possesseur qui déserte son fonds, le laisse à l'abandon sans qu'on puisse dire s'il a perdu vraiment l'*animus domini*. Si personne ne s'étant emparé du fonds, il reprend la possession dans l'année, il faudra bien dire qu'il ne l'avait pas perdue, puisqu'il serait considéré comme possesseur continu alors même qu'un tiers se serait emparé de la chose.

350 *bis*. V. Mais l'espèce se complique quand le possesseur a cessé pendant plus d'un an de faire des actes de possession et que personne ne s'est emparé de la chose. Y a-t-il lieu, là encore, de parler d'une possession conservée *animo solo* et d'admettre qu'il est toujours possible à l'ancien possesseur de faire des actes de maître, d'où il résulterait que sa possession a été exercée sans interruption? Ceci nous paraît une question de fait, il s'agira de chercher si l'inaction de l'ancien possesseur indique l'abandon de l'*animus domini*, ou si au contraire elle peut se concilier avec cet *animus*. Il nous paraît certain que si l'abandon a duré très-longtemps, s'il s'agit d'un bien qui aurait donné des fruits, au cas où il aurait été cultivé, on pourra voir dans l'inertie de l'ancien possesseur la preuve qu'il avait perdu l'esprit de propriété. Nous ne pouvons pas, en l'absence de texte, fixer le délai après lequel cette abdication serait présumée; d'anciens auteurs le fixaient arbitrairement à dix ans (1), nous ne trouvons rien sur ce point dans le Code, il faudra que les tribunaux tiennent compte des circonstances. Si en effet on abusait de l'idée que la possession se conserve *animo solo*, on exposerait gravement le vrai propriétaire qui, ne voyant plus son fonds possédé par l'ancien possesseur, ne ferait pas d'actes interruptifs et perdrait peut-être sa propriété par prescription. Ce n'est pas du reste en vue d'hypothèses semblables qu'on voit dans le droit romain la formule *possessio animo solo retinetur*. Elle suppose au moins que l'*animus* existe, et elle a pour but d'établir que la possession

(1) V. Bélime, *Traité du droit de possession*, n° 103.

subsiste, malgré l'appréhension faite de la chose par un autre possesseur, tant que l'ancien possesseur n'a pas eu connaissance de cette appréhension (1).

350 *bis*. VI. Les principes que nous venons d'appliquer nous conduisent à des résultats analogues, quand la possession de fait a été entravée par des événements naturels de force majeure, lorsque par exemple un fonds a été inondé pendant assez longtemps. On peut dire que le possesseur n'a pas pour cela cessé de posséder, car le défaut d'actes de maîtrise ne provient ni de sa volonté ni de sa négligence, il n'a fait ni plus ni moins d'actes d'usage que le propriétaire véritable n'en aurait fait; quant à sa volonté d'avoir le fonds, on doit raisonnablement la supposer persistante, car il est dans la nature des choses que, dépouillé accidentellement du bien qu'il possédait, il regarde l'obstacle qui l'empêche de jouir comme temporaire et qu'il conserve l'espoir de reprendre cette jouissance quand l'obstacle aura cessé. C'est le cas où l'on peut admettre qu'il conserve *animo solo* la possession, puisque personne ne s'en est emparé. Le droit du propriétaire contre qui il prescrit n'en souffrira pas, car ce propriétaire pourrait faire des actes d'interruption civile de la prescription. Dira-t-on qu'il ne peut pas connaître la possession, puisqu'elle ne se manifeste pas par des faits? Il doit avoir connu ou pu connaître la possession antérieure à l'inondation, puisqu'elle a dû être publique et non équivoque, dès lors il n'est pas autorisé à soutenir que l'absence d'actes de possession peut bien faire supposer l'abandon, puisque ces actes sont impossibles, qu'ils ne pourraient pas être accomplis même par lui, c'est à lui de comprendre que la possession est continuée *solo animo* et à prendre des précautions en conséquence (2).

351. L'interruption civile est commune aux deux espèces de prescription. La loi l'attache avec raison à l'interpellation faite par le propriétaire ou le créancier, qui, ne pouvant se faire justice lui-même, doit être réputé rentrer dans l'exercice de son droit, du jour où il dirige légalement des poursuites à cet effet. Mais remarquons qu'un simple acte extrajudiciaire ne saurait être considéré comme le principe de l'exercice du

(1) V. *Institut.*, l. IV, t. V, § 5, et M. Accarias, *Précis du droit romain*, t. Ier, p. 515.

(2) V. Bélime, n° 104, Aubry et Rau, t. II, p. 76, édit. 1865.

droit, et ne produirait point conséquemment l'effet que la loi attribue à une demande judiciaire, un commandement ou une saisie. V. art. 2244.

351 *bis*. I. Nous avons dit que l'interruption civile résulte d'actes juridiques; les articles 2244 à 2248 nous indiquent quels sont ces actes. En général, ils émanent de celui contre qui court la prescription, ce sont des affirmations de son droit et par conséquent comme des protestations contre la prétention que l'adversaire pourrait avoir à l'encontre de ce droit.

L'article 2244 présente, comme interruptifs de la prescription, trois actes d'huissier signifiés à celui qui prescrit : la citation en justice, le commandement, la saisie. Ce sont des manifestations énergiques du droit prétendu, les seuls moyens légaux par lesquels il puisse être exercé. Celui qui les emploie ne peut plus être considéré comme ayant négligé d'user de son droit. Quant à l'adversaire, il a dû nécessairement avoir connaissance de ces actes, puisqu'ils lui ont été signifiés, et dès lors il ne peut pas alléguer qu'il a cru que l'inaction du propriétaire ou du créancier cachait un abandon du droit ou un aveu de son inexistence.

351 *bis*. II. Des trois actes énumérés, il en est deux qui semblent se confondre, car le commandement est le préliminaire de la saisie, et il paraît inutile de dire que la saisie interrompt une prescription déjà interrompue par le commandement. La disposition de la loi n'est cependant pas inutile, car le commandement précédant de quelques jours la saisie, il peut être intéressant de constater que la prescription, interrompue une première fois, a été interrompue à nouveau par la saisie, et de prolonger ainsi la prescription, ne fût-ce que de quelques jours. Une question de prescription, c'est-à-dire de propriété ou de créance, peut quelquefois se débattre à propos d'un jour ou deux en plus ou en moins.

Nous ferons de plus remarquer que certaines saisies peuvent être faites sans commandement préalable, et qu'elles interrompront la prescription, en vertu de l'article 2244; nous citerons la saisie-arrêt, la saisie foraine, la saisie-gagerie (art. 563, 822, 819, C. Pr.)(1).

351 *bis*. III. La citation, le commandement, la saisie, forment l'interruption civile; ces expressions de l'article 2244 ne font pas

(1) L'acte que l'article 819 appelle commandement n'a pas les caractères qui constituent légalement ce genre d'injonction. V. M. Colmet-Daâge, t. II, p. 197 et 493, édit. 1879.

de distinction, et il semble que ces trois actes interrompent aussi bien la prescription à fin d'acquérir que la prescription à fin de se libérer. C'est la pensée du législateur, seulement il arrivera rarement qu'une prescription acquisitive soit interrompue par un commandement ou une saisie. Ces deux actes sont les armes ordinaires des créanciers, et les propriétaires n'ont pas à s'en servir contre les usurpateurs de leurs propriétés. La saisie ne répondrait pas au vœu du propriétaire qui veut reprendre la possession de sa chose, puisqu'elle mettrait cette chose sous la main de justice pour la faire vendre; le commandement, préliminaire de la saisie, est inutile si la saisie n'a pas d'utilité.

351 *bis*. IV. Ces observations ne valent toutefois que comme constatation de ce qui se produit ordinairement en fait, mais il peut quelquefois arriver que les deux actes dont nous nous occupons soient utiles à un propriétaire, et cela suffit pour justifier le Code civil, qui n'a pas fait de distinction sur l'effet des trois actes qu'il énumérait, par rapport aux deux espèces de prescription.

Ainsi, à la suite d'une action en revendication, le détenteur d'un immeuble a été condamné à le restituer; s'il ne se soumet pas à la condamnation, il faudra bien, pour procéder contre lui et l'expulser *manu militari*, le mettre en demeure d'exécuter le jugement et par conséquent lui faire commandement en vertu de ce jugement. Ce commandement interrompra à nouveau la prescription, que la citation en justice avait une première fois interrompue. Le commandement, il est vrai, n'apparaît dans le Code de Procédure qu'à propos des condamnations en matière de créance et des saisies, mais il résulte d'une combinaison entre les dispositions du Code de Procédure et du Code civil, sur un point spécial, que la formalité du commandement n'est pas antipathique avec l'exercice d'un droit réel. L'article 2061 du Code civil admettait que l'exécution d'un jugement rendu au pétitoire pouvait être effectuée par voie de contrainte par corps, et le Code de Procédure établissait d'une façon générale, dans son article 780, que toute contrainte par corps devait être précédée d'un commandement; ce qui prouve bien que dans l'esprit des législateurs un commandement peut être fait en vertu d'un jugement condamnant à abandonner un immeuble.

351 *bis*. V. On a dit que la saisie peut aussi quelquefois manifester la prétention d'un propriétaire et interrompre la prescription acquisitive. C'est lorsqu'elle est pratiquée en vertu du juge-

ment sur l'action en revendication afin d'obtenir le paiement des dommages et intérêts encourus pour refus d'obtempérer à l'injonction de restituer. Nous croyons qu'elle n'aurait pas alors l'effet d'interrompre la prescription acquisitive, car elle est l'exercice d'un droit de créance et non du droit de propriété, et de plus cette créance peut exister alors même que l'immeuble aurait été restitué, car la partie a pu retarder longtemps cette restitution, et devoir de ce chef des dommages et intérêts après même la restitution principale opérée.

351 *bis*. VI. La citation en justice et le commandement sont des actes qui s'accomplissent par la signification même qui en est faite à la partie; il ne peut dès lors pas exister de difficulté sur le moment où ils ont leur effet interruptif, c'est au moment où ils sont faits, c'est-à-dire signifiés. Il en est autrement de la saisie, opération qui, pour être complète, se compose de plusieurs actes distincts, la saisie d'abord, la signification ensuite, de sorte qu'on peut se demander si l'effet interruptif est attaché à la saisie elle-même, pourvu qu'elle soit plus tard signifiée, ou seulement à la signification de la saisie postérieure à la saisie elle-même. La pensée de la loi nous paraît être que l'acte interruptif de prescription doit être porté à la connaissance du débiteur pour qu'il produise son effet. Elle veut une injonction énergique, menaçante, une contradiction, et non pas seulement une protestation déposée comme en secret dans un acte ignoré du débiteur, comme serait par exemple une protestation notariée; il faut que celui contre qui l'on prescrit ait connaissance de la prétention contraire. Or, il est certaines saisies, la saisie-arrêt par exemple, ou la saisie foraine, qui s'accomplissent par des actes n'atteignant aucunement le débiteur; il en est quelquefois de même de la saisie immobilière et aussi de la saisie-exécution; faudrait-il distinguer entre ces diverses saisies et donner à la saisie-exécution l'effet d'interrompre par elle-même la prescription lorsqu'elle aura porté sur des meubles garnissant la résidence habituelle du débiteur, en refusant cet effet à la saisie-arrêt, parce qu'elle consiste en un acte signifié à une personne étrangère, le tiers saisi? Le Code ne fait pas ces distinctions, qui seraient pourtant nécessaires, et il nous montre par là qu'aucune saisie n'interrompra la prescription tant qu'elle n'aura pas été signifiée; car s'il admettait la règle absolue en sens inverse, il consacrerait, dans le cas de saisie-arrêt et d'autres semblables, un

résultat injuste en pratique et contraire à l'ensemble de ses dispositions sur les interruptions civiles. La disposition de l'article 2244 doit donc être appliquée à la saisie comme elle l'est incontestablement aux citations et aux commandements, elle veut dire que la signification d'une citation, d'un commandement ou d'une saisie, forme l'interruption civile (1).

351 *bis*. VII. On a tenté de soutenir que la signification d'un transport de la créance interromprait la prescription qui courait en faveur du cédé. Certes, la loi aurait pu le décider ainsi, car le cessionnaire fait bien un acte d'exercice de droit de créance en donnant au débiteur un avis d'où résultera la nullité des paiements que pourrait faire le cédé au cédant, ou l'impossibilité des compensations entre le cédé et le cédant. Cependant, l'acte n'implique pas en lui-même une menace, une injonction d'exécuter l'obligation; or, c'est seulement à des actes de cette nature que l'article 2244 confère l'effet interruptif; il faut donc s'en tenir au texte, et comme la signification dont nous parlons n'est ni une citation, ni un commandement, ni une saisie, il faut dire qu'elle n'a pas d'influence sur le cours de la prescription, solution du reste qui est sans inconvénient pour le cessionnaire, car il est toujours maître d'accompagner sa notification d'une citation en justice, puisque, pour que la question soit posée, il faut que la créance soit échue, sinon la prescription ne courrait pas encore et n'aurait pas besoin d'être interrompue.

351 *bis*. VIII. Il est d'autres actes dont le caractère est également douteux, parce qu'ils se rapprochent de ceux dont parle l'article 2244, sans cependant se confondre absolument avec eux. Nous ne songeons pas au prétendu commandement fait en vertu de l'article 819 du Code de Procédure et qui tend à la saisie-gagerie. Nous avons déjà dit incidemment qu'il n'est pas un commandement, puisqu'il n'est pas fait en vertu d'un titre exécutoire et qu'il ne tend pas à une véritable exécution sur les meubles saisis; il faudra que la saisie-gagerie soit convertie par jugement en saisie-exécution pour que l'exécution même soit possible. Cet acte mal qualifié, qui n'est au fond qu'une sommation, n'aura pas l'effet interruptif de prescription (2).

(1) V. cependant Aubry et Rau, t. V, p. 316, édit. 1865. Dans notre sens, C. C., 25 mars 1874. Sirey, 1875, I, 86.

(2) V. M. Colmet-Daâge, *Procédure civile*, t. II, p. 197. Édit. 1879.

351 *bis*. IX. Si nous n'admettons pas l'effet interruptif de l'acte qualifié commandement par l'article 819, C. Pr., à l'inverse nous attribuerons cet effet à un acte que le Code civil appelle une sommation. C'est l'acte prévu par l'article 2169 et qui, pour le créancier hypothécaire, est le préliminaire indispensable de la saisie à pratiquer sur un tiers détenteur. Ce n'est pas, et ce ne peut être à proprement, un commandement, puisque le créancier n'a pas de titre exécutoire contre le détenteur (1), mais au fond, c'est la menace formelle d'une saisie, il rend en outre le détenteur comptable des fruits (art 2176). Il n'a donc pas le caractère vague et indécis d'une sommation, il est le seul moyen immédiatement à la disposition du créancier contre le tiers détenteur, il doit être assimilé au commandement qu'il remplace absolument dans la procédure hypothécaire (2), et par conséquent il interrompra la prescription extinctive de l'hypothèque qui courait au profit du tiers détenteur.

351 *bis*. X. Nous avons, avec intention, traité du commandement et de la saisie avant de parler de la citation en justice, pour rapprocher, sur ce point, les explications à donner sur l'article 2244 de celles qu'il faudra présenter sur les articles 2245, 2246 et 2247 qui complètent le système de la loi sur l'interruption par voie de citation en justice.

La loi a entendu, par cette expression, toute injonction adressée à une personne de comparaître devant un tribunal qui devra statuer sur un différend entre l'auteur de l'injonction et celui à qui elle est adressée.

Le mot genérique de citation est ordinairement employé à propos des procédures devant les juges de paix; devant les autres juridictions, le même acte s'appelle assignation ou ajournement. Mais il est clair que le Code civil a pris cette expression, et plus tard le mot assignation dans un sens large, et que les règles qu'il donne s'appliquent indifféremment en matière de procédure devant les tribunaux d'arrondissement ou devant les juges de paix.

351 *bis*. XI. Il faut, dans un autre sens, élargir encore l'expression citation. Ordinairement, c'est un exploit introductif d'instance, mais tout acte non introductif d'instance qui soumettra un certain différend à un tribunal devra rentrer dans cette expression citation

(1) V. t. IX, n° 150 *bis*. I.
(2) V. t. IX, n° 165 *bis*. III, et C. C., 27 décembre 1854, Sirey, 1854, I, 113.

puisqu'il mettra en demeure la partie de se défendre contre une certaine prétention, ce qui est l'effet principal de la citation proprement dite. Ainsi, les demandes incidentes, reconventionnelles ou en intervention qui ne se forment pas par exploit d'ajournement, mais par actes d'avoué à avoué, interrompront néanmoins la prescription, car ce sont de véritables demandes en justice, et de plus on peut dire qu'elles satisfont aux conditions de l'article 2244, car elles sont signifiées, sinon à la partie elle-même, du moins à son mandataire, c'est-à-dire à l'avoué qui la représente en justice.

351 *bis*. XII. On fait rentrer aussi dans les citations interrompant la prescription les demandes en collocation, soit dans une contribution, soit dans un ordre. Nous admettons cette idée quand il s'agit d'une contribution, nous la repoussons quand il s'agit d'un ordre. Il ne suffit pas en effet, d'après l'article 2244, qu'un acte soit une citation pour interrompre la prescription, il faut qu'il soit signifié à la partie, c'est-à-dire porté officiellement à sa connaissance. Or, nous voyons bien dans la procédure de contribution que la partie saisie, c'est-à-dire le débiteur, est officiellement avertie que ses créanciers sont mis en demeure de produire et sommés de prendre communication des pièces produites (art. 659, C. Pr.). Il y a là quelque chose qui constitue une sorte de signification préventive des demandes en collocation, et cela peut suffire, pour qu'elles interrompent la prescription contre le débiteur.

Dans la procédure d'ordre, nous retrouvons bien un avertissement donné à la partie saisie (art. 751, C. Pr.), mais cet avertissement, qui n'est pas une signification, n'est que le préliminaire de l'ordre amiable ; si l'on passe à l'ordre judiciaire, nous n'y voyons pas que le débiteur soit averti par exploit, il est vrai qu'après la confection de l'état de collocation une dénonciation est faite à la partie saisie (art. 755, C. Pr.), mais cet état ne lui présentera pas la liste complète des demandes en collocation, et notamment elle ne lui montrera pas ceux des créanciers qu'il a intérêt à connaître, puisque n'étant pas colloqués, ils ne seront pas payés et que la question de la prescription ne s'élèvera qu'avec eux. De plus, la *partie saisie* ne sera pas toujours le débiteur, car l'immeuble peut avoir été saisi sur un tiers détenteur, et la notification qui sera faite à celui-ci ne pourra pas compter pour une signification de la demande en collocation au débiteur qui prescrit.

352. Quoique la citation en conciliation ne soit pas encore une demande judiciaire, comme c'en est cependant le préalable nécessaire, la loi a voulu qu'elle interrompît la prescription, pourvu qu'elle fût suivie d'assignation dans les délais de droit. V. art. 2245; C. pr., art. 57.

352 *bis*. I. La demande en justice doit être précédée, dans un grand nombre d'hypothèses, d'une tentative de conciliation devant le juge de paix. Donc, dans les affaires où ce préliminaire est exigé, la citation en justice subira un retard nécessité par l'obligation où se trouve le demandeur de citer son adversaire en conciliation. Ce retard pourrait être préjudiciable à celui qui veut interrompre une prescription, et en réalité le délai des prescriptions se trouverait réduit du temps nécessaire pour citer en conciliation, y comparaître et se procurer un procès-verbal de conciliation ou de non-comparution dont la copie doit être, à peine de nullité, donnée dans l'exploit d'ajournement devant le tribunal (art. 65, C. Pr.). Voilà pourquoi le Code civil donne à la citation en conciliation l'effet interruptif, qui n'appartient en principe qu'à la citation en justice, et qui ne devrait pas lui appartenir puisque le bureau de paix n'est pas un tribunal. Seulement, comme cette force n'est attribuée à la citation en conciliation qu'à raison de ce qu'elle escompte, en quelque sorte, la citation en justice, elle ne lui est donnée qu'à la condition qu'elle s'appuie, dans un bref délai, sur une véritable action devant un véritable tribunal. Elle interrompt la prescription pourvu qu'elle soit suivie d'une action en justice dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation (art. 57, C. Pr.). Si le délai courait du jour de la citation même, le temps accordé pour intenter l'action se trouverait irrégulièrement réduit par les lenteurs résultant de la nécessité de prendre un rang dans les affaires quelquefois nombreuses qui encombrent les justices de paix.

352 *bis*. II. Le motif que nous assignons à la disposition des articles 2245 C. C. et 57 C. Pr., paraît en restreindre la portée aux cas où la tentative de conciliation est imposée par la loi (art. 48 et 49, C. Pr.). C'est dans ces cas seulement que la règle légale a pour effet d'assurer au créancier ou au propriétaire l'intégralité du délai pour exercer son droit. Dans les hypothèses où l'action peut être intentée sans préliminaire de conciliation, il dépend de la partie de ne pas perdre de temps dans cette tentative,

et le dernier jour même du délai elle est maîtresse d'interrompre la prescription par une citation en justice. On a cependant essayé d'assimiler la citation en conciliation, dans le cas qui nous occupe, à l'assignation devant un tribunal incompétent, sans prétendre, il est vrai, qu'il y ait alors incompétence, puisque le bureau de paix n'est pas un tribunal, mais en s'appuyant sur les motifs spéciaux qui expliquent l'article 2246. Si cet article protége les particuliers contre les erreurs excusables en matière de compétence, il pourrait venir également au secours de ceux qui se tromperaient sur l'interprétation quelquefois difficile des articles 48 et 49 du Code de Procédure. Cette raison ne nous paraît pas suffisante en l'absence d'un texte, alors qu'il s'agit de l'interprétation d'un article qui est lui-même une atténuation de la règle générale exigeant une citation en justice pour interrompre la prescription; il s'agit d'ailleurs d'un acte dont celui qui l'a reçu a pu ne pas tenir compte, puisqu'il ne pouvait même pas être contraint à y obtempérer sous peine d'amende.

352 *bis*. III. Nous dirons de même que la comparution volontaire de la partie devant le juge de paix en conciliation (art. 48, C. Pr. *in fine*) ne vaut pas une citation et n'a pas l'effet interruptif; car si la partie ne peut pas nier qu'elle ait connu l'existence d'une prétention contre elle, peut-être n'a-t-elle connu que très-imparfaitement cette prétention, la discussion orale qu'elle a eue devant le juge de paix ne l'ayant pas suffisamment éclairée; il est en effet possible qu'entre deux contendants étrangers aux affaires judiciaires, la discussion se soit égarée, entremêlée de détails inutiles, de concessions apparentes, qui ne seraient que des artifices de langage ou même des propositions conditionnelles, et qu'au sortir du bureau de paix la partie citée n'ait pas de souvenirs précis, qu'elle ne soit pas certaine en tout cas que l'adversaire maintient sa prétention et quelle prétention. Le procès-verbal de non-conciliation constate sommairement que les parties n'ont pu s'accorder, il ne renseignera ni la partie, ni plus tard le juge, sur le point de savoir si dans la comparution amiable, le demandeur a pris nettement la position d'un homme qui est résolu à intenter une action judiciaire, et s'il a montré clairement quel était le droit qu'il prétendait exercer. Or, l'interruption civile doit résulter d'une menace formelle, portant d'une façon déterminée sur un droit spécial et non pas sur un droit quelconque, sur une prétention *in genere* à déterminer plus tard.

353. Il y a quelque difficulté à considérer comme un mode de l'exercice du droit la citation devant un juge incompétent. Cet acte, cependant, ne laissant à l'assigné aucun doute sur la volonté du demandeur, suffit pour interrompre la prescription. V. art. 2246.

353 *bis*. Il faut ajouter que les questions de compétence sont quelquefois très-difficiles et très-controversées, que dans le doute sur le tribunal à saisir, le demandeur ne peut pas, par prudence, assigner devant deux tribunaux, et qu'il serait injuste de le considérer comme n'ayant pas essayé de faire valoir son droit devant la justice quand, en présence d'une jurisprudence peut-être incertaine, il n'aurait pas su deviner en quel sens déciderait définitivement les tribunaux saisis de la question de compétence. Nous considérons l'article 2246 comme accordant au demandeur une sorte de *restitutio in integrum* fondée sur une erreur de droit très-excusable.

354. Du reste, l'effet que la loi attribue à la demande est nécessairement subordonné à l'événement du jugement qui reconnaîtra le droit sur lequel on la fonde. Si donc la demande est nulle, si elle est suivie de désistement, si on la laisse périmer, ou si elle est rejetée, elle n'opère aucune interruption. V. art. 2247.

354 *bis*. I. L'article indique quatre cas dans lesquels la citation n'interrompt pas la prescription; il faut les examiner successivement :

1° Nullité de la citation pour défaut de forme. L'acte nul ne peut pas produire d'effets, donc il est non avenu au point de vue de l'interruption de prescription. Celui qui l'a reçu a eu le droit de ne pas le considérer comme un acte sérieux; bien plus, le vice qui l'entache est peut-être l'absence d'une de ces formalités qui garantissaient que l'acte était bien remis à son destinataire, et dès lors il serait injuste que celui-ci fût traité comme s'il avait certainement reçu l'acte signifié. D'ailleurs, quel que soit le vice, il n'était pas difficile de l'éviter, comme il est difficile de ne pas se tromper sur une question de compétence; en choisissant un officier public soigneux et expérimenté, la partie ne sera pas exposée à faire un exploit nul en la forme. Donc elle n'a pas paru au législateur digne de la *restitutio in integrum* qu'il a accordée au cas où l'assignation est donnée devant un juge incompétent.

354 *bis*. II. Pour que l'article s'applique à la citation nulle en la forme, il faudra que la nullité soit invoquée par la partie en temps utile, c'est-à-dire avant toute défense ou exception autre que celle d'incompétence (art. 173, C. Pr.), sinon la nullité de l'exploit serait couverte, et la partie ne pourrait plus alléguer que cet exploit n'a pas interrompu la prescription.

C'est dans ce sens qu'on peut dire que les nullités n'opèrent pas de plein droit, et que l'interruption de prescription n'est réellement considérée comme non avenue qu'autant que l'assignation a été annulée (1). Mais il ne faudrait pas abuser de cette formule vraie, dans le sens restreint que nous venons de lui donner, pour en conclure que la prescription reste momentanément interrompue, par la citation nulle, ce qui pourrait faire croire que cette citation produit les effets d'une suspension, pour ne reprendre qu'après l'annulation de la citation. La vérité est que l'effet de la citation est en suspens, c'est l'effet d'un acte soumis à une cause de résolution. Si la nullité est couverte, la citation aura, dès le principe, produit son effet interruptif; si elle est prononcée, l'acte sera réputé n'avoir jamais existé, et la prescription aura dans le passé suivi son cours sans aucun obstacle. Il en est de cette citation comme d'un contrat rescindable qui produit des effets jusqu'à la rescision, mais qui, lorsqu'il est rescindé, est censé n'avoir jamais existé, exactement comme un contrat résoluble après l'arrivée de la condition résolutoire (art. 2125).

354 *bis*. III. 2°-3°. Désistement, péremption d'instance (art. 402 et 397, C. Pr.). Ces deux événements font considérer la demande en justice comme non avenue, et par conséquent l'interruption de prescription qui en était résultée est censée n'avoir pas eu lieu (art. 403 et 401 C. Pr.). En principe, le désistement et la péremption éteignent l'action, mais laissent subsister le droit dont cette action était la mise en œuvre; par conséquent la partie pourrait former une nouvelle demande et interrompre la prescription, pourvu toutefois que le temps requis ne se fût pas écoulé avant cette nouvelle demande, parce qu'alors la prescription s'étant accomplie sans être interrompue, puisque la première interruption est sans effet, il serait trop tard pour l'arrêter dans son cours.

354 *bis*. IV. 4° Demande rejetée. La citation ne produit pas l'inter-

(1) V. Aubry et Rau, t. V, p. 313. Édit. 1865.

ruption de prescription quand le tribunal saisi a jugé la demande mal fondée. Il est clair, en effet, que le sort d'une demande judiciaire est subordonné à la décision du tribunal, et que, si elle interrompt la prescription, ce n'est que par une sorte d'effet rétroactif attribué au jugement qui admet le bien fondé de cette demande.

354 *bis*. V. La disposition finale de l'article 2247 se justifie donc parfaitement en ce qui concerne son motif; mais son utilité est plus contestable, car si la demande est rejetée, le défendeur gagne son procès, et il a pour lui un moyen bien supérieur à celui qu'il tirerait de la prescription, il peut invoquer l'autorité de la chose jugée. S'il a été décidé qu'il n'est pas débiteur, ou que le demandeur n'est pas propriétaire de la chose revendiquée par lui, la question de prescription ne se posera plus, et il est indifférent que la demande ait eu ou non un effet interruptif.

Il en sera ainsi dans un grand nombre d'hypothèses. Mais quelquefois la disposition du Code civil aura son application utile, car il peut arriver que le jugement qui rejette la demande n'ait pas statué sur le fond de la contestation, ou n'ait pas une force de chose jugée à l'égard de tous ceux qui pourraient avec intérêt invoquer la prescription.

354 *bis*. VI. Ainsi, la demande aura été rejetée par suite du défaut du demandeur (art. 154, C. Pr.). C'est le défaut appelé généralement le *défaut congé*. Beaucoup de jurisconsultes pensent que le jugement, en pareil cas, ne déclare pas la demande mal fondée, qu'il *relaxe* seulement le défendeur de l'assignation, remettant les parties au même état où elles étaient avant l'ajournement. S'il en est ainsi, ce n'est pas la chose jugée que le défendeur peut alléguer quand il est réassigné, mais c'est la prescription, si le temps est écoulé; et alors il est intéressant de décider avec l'article 2247 que la demande n'a pas interrompu la prescription, elle n'a pas plus d'effet que la demande périmée (1).

354 *bis*. VII. Dans d'autres hypothèses, la disposition de l'article 2247 sur la demande rejetée aura son intérêt à cause du caractère relatif de l'autorité attribuée à la chose jugée. Mais ici les espèces, ou quelques-unes au moins, sont aussi controversées.

Ainsi, l'article 2249 admet que la demande formée contre un des codébiteurs d'une chose indivisible interrompt la prescription

(1) V. Boitard et Colmet-Daâge, *Procédure civile*, t. Ier, p. 290. Édit. 1879.

à l'égard des autres débiteurs. Si cette demande est repoussée, elle n'aura certes pas interrompu la prescription à l'égard des codébiteurs qui n'étaient pas mis en cause, et cette décision leur sera très-utile, car ils ne peuvent pas invoquer la chose jugée en faveur de leur codébiteur; il n'y a pas entre eux le lien qui pourrait les faire considérer comme se représentant mutuellement, ils sont des tiers les uns par rapport aux autres; les jugements rendus par rapport à l'un ne peuvent ni nuire ni profiter aux autres (1).

354 *bis*. VIII. On dira la même chose au cas de dette solidaire si l'on pense que les codébiteurs solidaires tenus ensemble ne se représentent pas les uns aux autres dans les instances judiciaires, alors même qu'il s'agirait d'invoquer un jugement favorable. C'est l'opinion que nous avons exposée (2); puisqu'il est constant qu'ils ne se représentent pas pour perdre le procès, il ne nous paraît pas possible d'admettre qu'ils se représentent pour le gagner. Dans cette opinion, les codébiteurs solidaires nous fournissent un second cas, dans lequel il est intéressant de décider que la prescription interrompue par l'assignation est réputée non interrompue lorsque la demande est rejetée, parce que les codébiteurs étrangers au procès ne pourraient pas se défendre en invoquant la chose jugée.

Ceux qui pensent, au contraire, que les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres dans les procès en vertu d'un mandat *ad minuendam obligationem* rendent inutile, dans cette hypothèse, l'application de l'article 2247.

354 *bis*. IX. Nous avons admis, par une raison spéciale, que les cocréanciers solidaires peuvent profiter ou souffrir de la chose jugée au profit de l'un d'eux ou contre l'un d'eux. Lors donc que le débiteur sera poursuivi par le créancier qui a été étranger au procès, il pourra, s'il a gagné son procès, repousser le demandeur sans invoquer la prescription et le rejet de la demande qui l'avait interrompue (3).

Au contraire, un créancier de chose indivisible pourra agir malgré le jugement rendu contre son cocréancier, mais il sera exposé à ce qu'on allègue la prescription et qu'on invoque utilement la règle de l'article 2247 pour détruire l'effet interruptif de la demande formée par son cocréancier (4).

(1) V. t. V, n° 328 *bis*. XXVI.
(2) V. t. V, n° 328 *bis*. XXV.
(3) V. t. V, n° 328 *bis*. XXVII.
(4) V. t. V, n° 328 *bis*. XXVIII.

355. Le possesseur qui reconnaît le droit d'autrui cesse par là même de posséder à titre de propriétaire. L'aveu du débiteur n'est pas moins exclusif de toute supposition de libération; il est évident, d'après cela, que la prescription est interrompue par la reconnaissance du débiteur ou du possesseur. V. art. 2248.

355 *bis*. I. L'article 2248 complète l'énumération des actes interruptifs de prescription en parlant d'une reconnaissance émanée du débiteur on du possesseur, c'est-à-dire d'un fait impliquant que le débiteur ou le possesseur considère comme existant le droit contre lequel il prescrit.

Cette sorte d'aveu de l'existence du droit n'est assujettie par la loi à aucune condition de forme, par conséquent elle peut être expresse ou tacite. Expresse, elle sera prouvée par écrit ou par témoins, conformément aux règles générales sur les preuves; tacite, elle résultera de faits desquels on induira que leur auteur se considère comme débiteur ou comme simple possesseur. Pothier cite les cas où un débiteur paie un acompte ou offre une caution (1). En matière de prescription acquisitive, on pourrait citer le cas où le possesseur aurait proposé à son adversaire de prendre à bail l'immeuble possédé; nous ne songeons pas au cas où le bail avait été fait, parce qu'alors il y aurait plus qu'une interruption (art. 2236).

Dans toutes ces hypothèses, on comprend que celui contre qui courait la prescription n'ait pas fait un des actes judiciaires qui ont la force interruptive, pourquoi citer en justice, faire un commandement, une saisie, en vue de constater l'existence de son droit, quand cette existence est avouée par l'adversaire? Celui-ci est plus sûrement prévenu des prétentions de l'autre partie que s'il avait reçu une signification par huissier, puisqu'il a fait un acte qui implique non seulement qu'il a eu connaissance de la prétention, mais qu'il la considère comme bien fondée. Telles sont les raisons qui expliquent l'équivalence entre la reconnaissance et les actes interruptifs énumérés dans l'article 2244.

355 *bis*. II. Le Code, qui n'a pas traité de la forme de la reconnaissance, n'a pas parlé davantage de la capacité requise pour la

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 658.

faire; sur ce second point comme sur le premier, il s'est évidemment référé aux règles générales. Ce sont les principes sur la capacité qui sont en jeu quand l'auteur de la reconnaissance est la partie elle-même; quand ce n'est pas la partie, mais son représentant, il s'agit des principes sur les pouvoirs des divers représentants des incapables.

355 *bis*. III. Il y a lieu, pour trancher cette question, de l'examiner sous ses deux faces, selon qu'il s'agit de la prescription acquisitive ou de la prescription libératoire. Dans ce dernier cas, il existe un certain nombre de faits qui sont certainement dans les limites de la capacité ou des pouvoirs de quiconque a le droit d'administrer et qui entraînent reconnaissance tacite de la dette : payer un acompte, demander un délai, faire des offres réelles. Voilà des actes qu'un mineur émancipé ou une femme séparée de biens peut faire, qui sont également dans les pouvoirs d'un tuteur du mineur non émancipé; l'administration est impossible si ces actes ne peuvent pas s'accomplir; or, ils entraînent interruption de prescription en thèse ordinaire, et l'on ne saurait leur enlever cet effet, dans les cas que nous examinons, sans porter atteinte au droit du créancier qui n'a pas pu soupçonner que son droit fût contesté. Si la reconnaissance tacite rentre dans la capacité ou dans les pouvoirs de ceux qui ont l'administration, comment leur refuser la possibilité de faire la reconnaissance expresse? Elle est destinée, la plupart du temps, à éviter un commandement, une saisie, une citation en justice, actes qui entraînent des frais et qui portent atteinte, au moins le commandement et la saisie, au crédit et presque à la considération du débiteur. Faut-il donc hésiter à donner à ceux qui recevraient valablement des actes interruptifs de prescription le droit de faire spontanément des actes ayant la même force interruptive et n'ayant au surplus que cette force?

355 *bis*. IV. Les derniers mots de notre phrase font, en effet, une réserve fort importante : la reconnaissance interruptive de prescription n'est pas toujours un acte recognitif valant preuve de l'obligation. La question d'existence de l'obligation peut rester intacte après la reconnaissance, comme elle l'est après la citation en justice et le commandement; le débiteur ne pourra pas se défendre en invoquant une preseription pour laquelle il compterait le temps antérieur à la reconnaissance, mais il peut invoquer l'inexistence de la dette si la reconnaissance n'a pas été faite par une personne capable ou

ayant pouvoir, soit de créer l'obligation, soit de faire l'aveu proprement dit. Il s'agira, par exemple, d'un mineur émancipé ou d'un tuteur qui reconnaît l'existence d'un emprunt. Comme ni l'un ni l'autre ne peut emprunter, l'acte recognitif n'est pas la preuve d'un contrat d'emprunt valable, mais il a la force d'interrompre la prescription en laissant douteuse la question de preuve et de validité de l'acte primitif.

355 *bis*. V. Si l'on se place maintenant en présence d'une prescription acquisitive et si l'on cherche qui a la capacité ou le pouvoir de faire une reconnaissance interruptive de prescription, la question demande une autre solution, parce que consentir à cette interruption, c'est renoncer au bénéfice d'une possession qui a eu une certaine durée, c'est consentir à être considéré comme n'ayant pas possédé pendant un temps, où en réalité l'on possédait. Or, la possession est un droit (1) qui est immobilier quand l'objet possédé est un immeuble; renoncer aux résultats avantageux de ce droit, c'est faire une renonciation au moins partielle au droit de possession lui-même, d'où il résulte que pour faire cette renonciation, il faut avoir le droit de renoncer au droit lui-même, c'est-à-dire d'en disposer; d'où nous tirons cette conséquence que ceux qui sont incapables ou qui n'ont pas le pouvoir de disposer des droits immobiliers ne peuvent pas consentir une reconnaissance interruptive de la prescription acquisitive en matière immobilière.

355 *bis*. VI. Ceux qui ne veulent pas considérer la possession comme un droit *sui generis* arrivent au même résultat en disant que ce que la loi protège, quand elle accorde des privilèges à la possession, c'est moins la possession elle-même que le droit probable de propriété dont elle fait supposer l'existence (2). D'où il faut également conclure que renoncer à se prévaloir de la possession qui a duré un certain temps, c'est renoncer à une sorte de droit de propriété conditionnelle, exposée, il est vrai, à des évictions, mais qui deviendrait inattaquable après un certain temps, ce qui nécessite la capacité ou le pouvoir d'aliéner la chose possédée.

355 *bis*. VII. La reconnaissance que fait le possesseur du droit de celui contre qui il prescrit peut avoir quelquefois, en matière de prescription acquisitive, un effet qui ne se bornera pas à une interruption de prescription. Il peut arriver, en effet, que la reconnais-

(1) V. Bélime, *Possession*, nos 13 et 17.
(2) V. Aubry et Rau, t. V, p. 70. Édit. 1865.

sance soit si formelle, qu'elle précise si nettement que le possesseur détient à l'avenir pour autrui, qu'alors l'auteur de cette reconnaissance deviendra un détenteur précaire, et la prescription sera non pas interrompue, mais impossible désormais; impossible même *erga omnes;* car, nous l'avons dit, la précarité est un vice absolu. Il est certain qu'on ne pourra pas refuser cet effet à la reconnaissance, quand elle contiendra par exemple cette mention que le détenteur conserve la chose comme locataire de l'autre partie, ou en vertu de la tolérance de celle-ci. Mais la chose n'est pas aussi certaine quand le possesseur aura déclaré simplement qu'il reconnaît le droit de propriété de l'adversaire. Comme on peut prescrire la chose dont on sait n'être pas propriétaire, cette reconnaissance peut sous-entendre qu'on espère néanmoins arriver tôt ou tard à la prescription, qu'on a tout simplement voulu éviter les frais d'une citation en justice, mais qu'on entend être dans la même situation que si l'on avait reçu cette citation. On ajoute à ces raisonnements que la reconnaissance n'est pas le titre en vertu duquel le possesseur possède; son titre est plus ancien, et il n'était pas précaire; enfin on complète l'argumentation en faisant remarquer que le Code n'a envisagé la reconnaissance que comme un acte interruptif.

355 *bis*. VIII. Nous sommes cependant disposé à admettre que dans l'hypothèse prévue, la prescription devient impossible. Montrons d'abord que le possesseur peut bien avoir un titre vicieux. Il possédait à titre de propriétaire, mais, de même qu'un possesseur précaire peut intervertir son titre *in melius* par une contradiction opposée au droit de propriétaire, de même un possesseur non précaire peut l'intervertir *in pejus* par la reconnaissance du droit du propriétaire. Conserver la chose, après avoir reconnu le droit d'autrui, n'est-ce pas se comporter en emprunteur ou en locataire, le propriétaire peut-il interpréter autrement l'*animus* du possesseur, ne suppose-t-il pas qu'on s'en remet à sa tolérance? Sinon pourquoi n'exigerait-il pas immédiatement la restitution de sa chose? La possession est donc devenue précaire ou tout au moins équivoque, car le propriétaire a légitimement pu se tromper sur la situation.

355 *bis*. IX. Ceci étant, l'argument tiré de ce que l'article 2248 place la reconnaissance parmi les actes interruptifs reste seul un peu inquiétant, mais il faut remarquer que toutes les reconnaissances ne constitueront pas des changements dans l'*animus*. Les

raisonnements que nous venons de faire supposent une reconnaissance résultant d'une convention avec la partie contre qui l'on prescrivait, c'est alors que, le caractère de l'acte dépendant de l'intention des deux parties, il est naturel de croire que le prétendu propriétaire qui laissait l'autre partie en possession ne lui faisait cette concession qu'en échange d'une reconnaissance de précarité. S'il faut entendre les actes d'après la commune intention des parties, ne faut-il pas sous-entendre dans celui-ci la clause que nous supposions tout à l'heure écrite dans une reconnaissance en vertu de laquelle le détenteur conserve la détention comme locataire, fermier ou emprunteur? Dans la réalité des faits, celui qui conserve la détention après avoir, dans un acte passé avec le propriétaire, reconnu le droit de celui-ci, ne détient plus que par la volonté d'autrui et en quelque sorte sous son bon plaisir. Mais, il en serait autrement d'une reconnaissance dans laquelle le propriétaire n'aurait pas été partie, par exemple d'une déclaration faite en justice dans un procès avec un tiers (1). Si le possesseur d'un fonds, actionné par un voisin en réparation du dommage causé par la ruine d'un bâtiment (art. 1386), a repoussé l'action par une déclaration que l'immeuble n'était pas à lui et appartenait à Pierre, cette déclaration interrompt la prescription, mais ne rend pas le possesseur précaire, puisque, faite en dehors de Pierre, elle ne peut pas impliquer, même par sous-entendu, une convention avec lui, qui autoriserait le détenteur à conserver la chose à charge de la restituer plus tard. Le même raisonnement s'appliquerait à la reconnaissance contenue dans un inventaire après décès dans lequel le propriétaire n'aurait pas été partie, et à un certain nombre d'hypothèses de reconnaissances tacites; par conséquent, nous trouvons assez de reconnaissances ayant simplement l'effet interruptif pour expliquer comment l'article 2248 a pu parler des reconnaissances faites par des possesseurs dans un article consacré à l'interruption, tout en réservant tacitement l'application de règles précédemment posées et qui donneraient à quelques reconnaissances un effet plus énergique.

356. Il est conforme au principe de la solidarité que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs le soit par

(1) La doctrine et la jurisprudence admettent que la reconnaissance peut résulter d'actes passés avec des tiers. V. Aubry et Rau, t. V, p. 318, édit. 1865, et les citations en note.

là même contre tous les autres (art. 1206). Cette règle doit s'appliquer aux héritiers qui représentent la personne du débiteur décédé. Mais si tous les héritiers collectivement sont réputés débiteurs solidaires, comme l'était leur auteur, il n'existe pour cela aucune solidarité entre eux, et chacun n'est solidaire avec les autres débiteurs que pour sa part héréditaire. Il en est tout autrement en cas d'indivisibilité; car les effets de l'indivisibilité existent aussi bien entre les héritiers du même débiteur qu'entre plusieurs débiteurs d'une dette indivisible. Au reste, il est superflu d'ajouter que l'indivisibilité de l'hypothèque ne rend pas indivisible la dette garantie par cette hypothèque.

Cela posé, il est évident : 1° que, hors le cas d'indivisibilité, l'interruption de la prescription à l'égard d'un des héritiers du débiteur solidaire ne s'étend aucunement à ses cohéritiers; 2° qu'elle ne s'applique aux autres codébiteurs que pour la part de cet héritier. D'où il suit : 3° que, pour s'appliquer à la totalité de la dette, l'interruption devrait comprendre tous les cohéritiers. V. art. 2249.

356 *bis*. V. t. V, n° 140 *bis* et 161 *bis*. I.

357. Le même principe qui fait appliquer à tous les codébiteurs solidaires l'interruption de la prescription pratiquée à l'égard de l'un d'eux, rend également applicable à la caution l'interruption pratiquée contre le débiteur principal. V. art. 2250.

357 *bis*. V. ci-dessus, n° 267 *bis*. V-VII.

SECTION II.

Des causes qui suspendent le cours de la prescription.

358. La prescription court contre toutes personnes; ce principe n'admet d'autres exceptions que celles qui sont écrites dans une loi. V. art. 2251. Les exceptions sont en général fondées, sinon sur une entière impossibilité d'agir, de la part du propriétaire ou du créancier, au moins sur les raisons par-

ticulières qui ont dû arrêter son action. Elles peuvent aussi avoir pour cause son incapacité d'aliéner.

358 *bis*. I. La suspension de la prescription, nous l'avons déjà dit, arrête momentanément son cours, qui doit reprendre ou pour mieux dire continuer lorsque la suspension aura cessé. Il résulte de l'institution des suspensions que la prescription peut demander beaucoup plus de temps qu'il ne le paraît au premier abord, quand on lit dans l'article 2262 que toutes les actions s'éteignent par l'expiration du laps de trente ans. Nul ne peut être sûr, après trente ans écoulés, d'avoir accompli une prescription, puisqu'il peut avoir existé une cause de suspension. C'est là une cause d'incertitude sur les droits de propriété ou sur le chiffre des dettes dont les patrimoines sont grevés. C'est aussi la source de contestations fondées sur des causes trop anciennes pour que les tribunaux aient les éléments nécessaires à la bonne administration de la justice. Les suspensions de prescription fonctionnent donc en sens inverse de la prescription elle-même; elles en paralysent les effets, si importants au point de vue économique; partant elles ne doivent être admises qu'à titre de très-rares exceptions, et c'est la pensée qui apparaît dans l'article 2251, dont le texte déclare très-nettement qu'une suspension de prescription ne peut résulter que d'une décision formelle de la loi.

358 *bis*. II. Exiger une exception établie par une loi, c'est repousser comme règle générale une maxime dont on a fait autrefois un certain abus et que le Code n'a pas reproduite : la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Il ne suffira pas qu'un événement de force majeure ait empêché le propriétaire ou le créancier d'agir pour que la prescription ne puisse pas lui être opposée. Ce sera une inondation, une guerre, ou dans un autre ordre d'idées, l'absence de la personne, son état d'aliénation mentale; ces faits ou d'autres semblables ne doivent pas être pris en considération par les tribunaux, qui se trouveraient, il faut le dire, avoir un pouvoir arbitraire sur les propriétés, s'ils pouvaient, suivant les circonstances particulières de la cause, admettre ou repousser une prescription après l'expiration du temps exigé.

358 *bis*. III. La maxime dont nous combattons l'application, n'envisage la prescription que par son petit côté, si nous pouvons nous exprimer ainsi, elle paraît ne la légitimer que par la suppo-

sition d'un abandon du droit fondée sur l'inertie du propriétaire ou du créancier; mais nous savons que la prescription se justifie par des raisons supérieures d'intérêt social, et ces raisons ne perdent rien de leur puissance, ni la prescription de son utilité, pour être opposée à une personne que certaines circonstances ont empêchée d'agir.

Dans certaines conjonctures graves, le législateur est venu au secours de ceux qui avaient été dans l'impossibilité d'interrompre des prescriptions; mais il a procédé par mesures générales, évitant ainsi l'arbitraire et la clandestinité qui résulteraient de l'application judiciaire de la maxime *contra non valentem agere*. Cette intervention accidentelle du législateur prouve d'ailleurs que la maxime est en principe inapplicable (1).

359. Les mineurs non émancipés ne peuvent agir par eux-mêmes; les émancipés sont au moins excusables de ne l'avoir pas fait; les uns et les autres sont généralement, et sauf le cas de l'article 1314, restituables contre les aliénations faites par eux ou en leur nom. C'est par ces motifs que la loi suspend à leur égard le cours de la prescription. Cette règle est commune aux interdits, qui sont assimilés aux mineurs (art. 509). Elle reçoit, pour tous, exception dans certains cas déterminés par la loi. V. art. 2252; et à ce sujet art. 2278, 1663, 1676; C. Pr., art. 398, 444.

359 *bis*. I. La suspension de prescription établie par la loi en faveur des mineurs et des interdits n'est pas, à proprement parler, une application de la règle *contra non valentem agere*. Les mineurs non émancipés et les interdits peuvent agir par les tuteurs qui les représentent, le mineur émancipé peut agir par lui-même avec l'assistance de son curateur, on abuserait donc de la maxime en la leur appliquant; la décision de la loi a un autre fondement, c'est une mesure protectrice, une *restitutio in integrum*. L'incapable est restitué contre le préjudice que lui cause la négligence de son représentant ou la sienne propre, quand il est mineur émancipé. Il n'y a pas d'autre raison à donner de la règle contenue dans l'article 2252, et il serait par conséquent imprudent d'y voir la consécration même partielle de l'ancienne maxime.

(1) V. Décrets 9 septembre et 3 octobre 1870, et loi du 26 mai 1871, rendus à l'occasion des événements de 1870-1871.

359 *bis*. II. Quand l'article 2252 parle des interdits, il a certainement en vue l'interdit judiciairement, c'est-à-dire l'interdit pour cause d'aliénation mentale, mais nous sommes amenés à donner la même solution quant à l'interdit légalement; car lorsque le Code pénal a établi dans les articles 29, 30 et 31, que les condamnés à certaines peines seraient en état d'interdiction, il a, par l'emploi qu'il a fait du mot interdiction sans autre explication, renvoyé tacitement aux dispositions du Code civil qui régissent cet état. Les causes de l'interdiction ne sont pas, il est vrai, identiques, puisque dans un cas elle protège un malheureux et dans l'autre elle frappe un coupable, mais ce n'est pas une raison pour distinguer, quant aux effets, lorsque la loi n'a pas indiqué qu'elle voulait des distinctions. On tomberait dans l'arbitraire, si l'on choisissait parmi les effets de l'interdiction ceux qui sont produits par l'interdiction légale. C'est la doctrine que M. DEMANTE a admise au tome I[er], n° 72 *bis*. II, et au tome II, n° 274 *bis*. VI.

359 *bis*. III. La loi annonce une exception à sa règle sur la suspension en faveur des mineurs et des interdits; elle en fait supposer quelques autres. L'exception indiquée résulte de l'article 2278. Les courtes prescriptions énumérées dans les articles 2171-2177 ne sont pas suspendues pour cause de minorité ou d'interdiction. Il s'agit dans ces articles de certaines prescriptions libératoires; les créances qu'elles doivent éteindre sont relativement de peu d'importance, d'où cette conséquence que l'action en responsabilité contre le tuteur sera ordinairement efficace, leur modicité même explique assez facilement l'absence de preuve du paiement, soit que le débiteur n'ait pas exigé de quittance, soit qu'il n'ait pas conservé longtemps la quittance reçue. Enfin, ces diverses créances sont presque toutes des créances de revenus ou de salaires jouant le rôle de revenus, et il n'est guère présumable que le créancier ou même les représentants du créancier aient négligé de les recouvrer en temps utile.

359 *bis*. IV. D'autres prescriptions sont soustraites par la loi à la règle de l'article 2252. On doit citer entre autres la prescription de l'action en rescision de la vente d'immeubles pour cause de lésion (art. 1676). Il ne faut pas parler de l'article 1663, car le délai du réméré est un délai conventionnel, il s'applique non pas à l'exercice proprement dit d'une action, mais à l'arrivée d'une condition résolutoire, et par conséquent il ne doit pas être plus soumis aux règles

de la prescription que le délai auquel on aurait subordonné l'arrivée d'une condition quelconque, comme : si tel navire revient dans l'année, ou si je me marie dans six mois. Il est bien clair, du reste, que le délai du réméré ne se prolongerait pas par des actes interruptifs, donc il n'y avait pas à examiner quant à ce délai la question de suspension.

359 *bis*. V. Nous dirons la même chose des délais de procédure, par exemple du délai de la péremption d'instance, et du délai d'appel (art. 398 et 444, C. Pr.). Ce ne sont pas des délais de prescription, car la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer, elle tend à acquérir soit une propriété, soit un droit réel, ou à éteindre une obligation ou un droit réel. Les déchéances de procédure ne produisent aucun de ses effets, et, alors même que la loi ne s'est pas expliquée à leur égard comme elle le fait dans les articles que nous venons de citer, il n'y a pas lieu de les soumettre aux règles générales de la prescription. (V. par exemple art. 660 et 755, C. Pr. ; art. 2183 et 2185, C. C.)

359 *bis*. VI. Il y a d'autres hypothèses à l'égard desquelles il est plus difficile de prendre un parti ; il faut les examiner successivement, parce qu'il n'est pas possible de raisonner sur toutes en bloc et de donner à toutes une solution commune appuyée sur des idées générales que le texte ne nous fournit pas.

Nous devons d'abord rappeler que nous avons examiné la question à propos d'une certaine prescription, qui a de très-nombreuses applications, la prescription des actions en nullité ou en rescision (art. 1304) ; nous avons reconnu qu'elle constitue une véritable prescription et qu'elle doit être soumise aux suspensions (1).

359 *bis*. VII. Nous verrons également une véritable prescription dans les articles 316 et 317, qui parlent de l'action en désaveu de paternité. L'expiration du temps, en effet, produit à l'égard de l'enfant l'effet de l'expiration du délai de dix ans au cas de rescision, ou mieux, elle lui confère la propriété inattaquable de son état, elle consolide sa possession comme la prescription acquisitive consolide la situation du possesseur d'un bien, c'est une sorte de prescription à fin d'acquérir. Qu'on ne dise pas que la brièveté du délai montre ici chez le législateur la volonté d'assurer à tout prix et très-rapidement la stabilité de l'état des personnes ; l'article 317 prouverait

(1) V. t. V, n° 265 *bis*. III-V.

que le prétendu délai de deux mois peut très-bien laisser l'état incertain pendant longues années, puisqu'il ne commence à courir, contre les héritiers du mari, que du jour où l'enfant s'est posé en contradicteur de leur droit. Si l'enfant n'est pas en lutte avec les héritiers du mari, mais avec le mari lui-même, il sera rare que la question de suspension de prescription se pose, car il faudra que le mari soit mineur ou interdit; s'il est mineur, ce ne sera pas longtemps, car il avait au moins dix-huit ans quand il s'est marié, la suspension ne prolongera donc pas indéfiniment l'incertitude. S'il est interdit, son état peut durer bien longtemps, il est vrai, mais n'est-il pas nécessaire que le droit de désaveu ne soit pas perdu par l'indifférence d'un tuteur ou son ignorance des faits intimes sur lesquels s'appuierait un désaveu? ne faut-il pas réserver ce droit pour le cas où l'interdit recouvrerait la raison?

359 *bis*. VIII. Dans les articles 809 et 886, on rencontre encore deux véritables prescriptions, le premier article donne aux créanciers d'une succession un recours contre les légataires payés à leur détriment, ce recours est une sorte de *condictio sine causa*, par exception le recours se perd au bout de trois ans; il y a là une réduction de la prescription ordinaire qui devrait durer trente ans; mais pour être réduite, la prescription ne change pas de nature et par conséquent elle doit, à moins de disposition légale contraire, être soumise aux règles qui régissent la prescription en général. Sur l'article 886, il y a lieu de faire la même observation et le même raisonnement, l'action est une action en garantie, sa durée est réduite à cinq ans, mais il n'y en a pas moins là une prescription libératoire que la loi ne soustrait pas à la règle sur les suspensions.

359 *bis*. IX. L'article 957, qui traite de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, limite à une année la durée de l'action; ce qui, nous l'avons dit à propos des hypothèses précédentes, ne change pas la cause d'extinction de l'action; l'expiration du délai produit au bénéfice du donataire un effet libératoire; nous sommes en présence d'une prescription. On ne saurait objecter que la donation se trouve validée par un pardon que la loi présume après un an. Cette présomption manque complètement de base dans les cas de suspension, car les faits sur lesquels s'appuient les suspensions ôtent toute valeur à la prétendue volonté de pardonner. Si le donateur est interdit, s'il est mineur (il faut alors supposer la donation faite par contrat de mariage), sa volonté est évidemment impuis-

sante, et s'il est le conjoint du donataire, il est difficile d'admettre qu'incapable de faire une donation irrévocable (art. 1096), il puisse renoncer irrévocablement à l'action en révocation d'une donation.

Si l'extinction par le temps de l'action en révocation pour cause d'ingratitude est une véritable prescription quand l'action appartient au donateur, on doit reconnaître *à fortiori* qu'elle a le même caractère quand l'action appartient aux héritiers du donateur (art. 957 et 1047).

359 *bis*. X. L'article 1622 du Code civil soulève la même difficulté; la loi, en fixant aux actions qu'elle vient d'attribuer soit au vendeur, soit à l'acheteur, la durée d'un an, a-t-elle sous-entendu que ce délai ne serait pas prolongé par les suspensions? Pour qu'il en fût ainsi, dans le système que nous avons adopté, il faudrait que l'article 1622 ne consacrât pas une véritable prescription. Or, dès qu'on examine les hypothèses auxquelles se rapporte l'article 1622, il apparaît que les actions dont il s'agit sont des actions en rescision, fondées soit sur l'erreur, soit sur la lésion. En effet, dans les articles 1617-1621, dont l'article 1622 n'est que le complément, on suppose la vente d'un terrain dont la mesure a été indiquée et qui en réalité a une contenance inférieure ou supérieure à cette mesure. De cette circonstance résulte, soit pour l'une, soit pour l'autre des parties, le droit de demander une modification dans le prix, quelquefois même celui de se désister du contrat. Or, l'action qui a raison de faits contemporains de la formation d'un contrat, tend à le détruire ou à en changer les conditions, est une action en nullité ou en rescision. L'article 1622 la qualifie inexactement d'action en résiliation, car la résolution ou résiliation a toujours pour cause un événement postérieur à la formation du contrat. Si l'action dont nous parlons est une action en rescision, la prescription qui pourrait l'éteindre est exposée aux causes de suspension, ainsi que nous l'avons dit à propos de l'article 1304.

359 *bis*. XI. On pourrait se croire obligé par la logique à donner la même décision en ce qui concerne l'article 1854, qui paraîtrait facilement contenir une extension de la rescision pour lésion. Mais nous croyons que cette disposition a un caractère tout particulier; il n'établit pas un cas de nullité, il consacre une condition résolutoire tacite (1); cette condition consiste en ce que le règlement des

(1) V. ci-dessus, n° 37.

parts de chaque associé sera *évidemment* contraire à l'équité, l'*évidence* devant être démontrée par une réclamation presque immédiate (dans les trois mois). Le délai est donc assigné par la convention des parties à l'événement même qui résoudra le contrat; partant ce n'est pas un délai de prescription.

359 *bis*. XII. Restent deux articles du Code civil que nous mettrons, par des raisons diverses, hors de la sphère d'action des causes de suspension.

D'abord l'article 559, qui envisage le cas où une partie reconnaissable d'un champ qui borde un cours d'eau est portée vers un autre champ, et qui donne au propriétaire un an seulement pour réclamer la partie enlevée de son champ, à moins que l'autre riverain n'en ait point encore pris possession. M. Demante a exposé qu'il n'y a là ni une prescription à fin de se libérer, ni une prescription à fin d'acquérir (1); on peut donc y voir une décision particulière ne se rattachant pas à des principes, et par conséquent ne devant pas être soumise à toutes les conséquences qui dériveraient de ces principes. Il nous semble que l'article 559 n'est autre chose qu'une traduction pratique du § 21 aux *Institutes*, liv. II, t. Ier, l'acquisition par le riverain y était subordonnée à l'adhérence survenue entre les deux terrains (*si longiore tempore fundo vicini hæserit*); or, le moment où cette adhérence se produit est difficile à déterminer, la fixation du temps (*longius tempus*) est tout arbitraire, c'est cet arbitraire que le Code a voulu supprimer; il a conservé l'idée des *Institutes*, mais, pour éviter les difficultés, il a présumé qu'il fallait un an et pas davantage pour que l'adhérence des deux portions de champs fût consommée. Ainsi entendu, l'article échappe tout à fait à la théorie des suspensions de prescription.

359 *bis*. XIII. Des motifs tout à fait juridiques conduisent à trancher, dans le même sens, la discussion possible sur l'article 880. Le droit de demander la séparation des patrimoines se *prescrit*, quant aux meubles, par le laps de trois ans. Nous disons que le mot prescrit est impropre. Il ne peut, bien entendu, pas être question d'une prescription à fin d'acquérir, ce n'est pas non plus une prescription à fin de se libérer, puisque l'héritier débiteur est indifférent à la séparation des patrimoines et qu'il reste obligé envers les créanciers héréditaires, alors que ceux-ci n'ont plus le droit de demander la

(1) V. t. II, n° 395 *bis*. II.

séparation; les créanciers de l'héritier contre qui existe le droit de séparation ne sont pas non plus libérés par l'expiration du délai de trois ans, puisqu'ils n'étaient pas débiteurs. Tout le résultat produit par l'expiration du délai, c'est la perte d'un droit de préférence sur les meubles, perte qui est la conséquence de l'inaccomplissement d'une formalité. Il arrive aux créanciers héréditaires ce qui arrive à des créanciers hypothécaires qui ne se sont pas inscrits en temps utile, ils perdent leur droit de préférence; mais les délais imposés aux parties pour conserver leurs droits de préférence n'ont jamais été traités comme des délais de prescription, et ils ne sont pas prolongés par des suspensions. En vain dirait-on que l'article 880 consacre une prescription comme l'article 2180 en matière d'hypothèque; aucune analogie ne peut être constatée entre les deux espèces, car l'hypothèque n'est prescriptible que quand l'immeuble a été aliéné, et les meubles sont nécessairement restés dans la succession pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 880.

359 *bis*. XIV. On voit, par les discussions qui précèdent, que nous soumettons aux suspensions tous les délais qui nous paraissent avoir le caractère de délais de prescription, quelque courts qu'ils soient. Nous nous croyons liés par les articles 2252 et 2253, qui ne font pas de distinction, et nous ne voyons pas qu'il soit possible à l'interprète de sortir des termes de ces articles, à moins d'une exception formelle de la loi. Ce n'est pas, d'ailleurs, dans l'article 2278 qu'on trouverait cette exception, car cet article ne dit pas que les courtes prescriptions sont en général soustraites aux suspensions. Il précise au contraire, et d'une façon restreinte il limite son effet aux prescriptions dont il s'agit dans la section dont il fait partie (art. 2271-2277). Nous avons expliqué les raisons qui justifient l'article 2278 dans les cas que le législateur a visés, elles ont un caractère tout à fait spécial au genre de créances dont il s'agit, et dès lors il nous paraît téméraire d'étendre par analogie l'effet de l'article 2278.

359 *bis*. XV. Nous avons raisonné jusqu'à présent sur des dispositions du Code civil; si nous songeons aux prescriptions établies par le Code de commerce, nous ne croyons pas qu'il faille les soumettre, dans le silence de la loi, aux règles des articles 2252 et 2253. Certes, les principes généraux du Code civil dominent le droit commercial, mais le droit commercial a son esprit propre, ses nécessités particulières, et de cet esprit ou de ces nécessités on peut induire des exceptions à certaines règles de droit civil, surtout quand

ces règles ont, même dans le droit civil, un caractère exceptionnel.

Nous songeons particulièrement aux prescriptions consacrées par les articles 64, 108, 169 du Code de commerce. Nous pensons qu'elles ne doivent être suspendues, ni pour cause de minorité ou d'interdiction, ni pour cause de mariage entre les parties. Nous n'appuyons pas notre décision sur un argument tiré de l'article 2278, parce qu'il faut alors dénaturer la formule de cet article et le lire comme s'il exprimait d'une façon générale que la suspension pour minorité ne s'applique pas aux courtes prescriptions (1). Nous avons montré plus haut que ce texte ne vise pas d'autres prescriptions que celles qui résultent des articles 2271-2277. Nous ne disons pas non plus, avec un auteur, que le texte des différents articles du Code de commerce exprime formellement la dispense de suspension, puisqu'il y est toujours dit que toutes les actions se prescrivent par tel ou tel délai, sans distinguer si ces actions appartiennent à des majeurs ou à des mineurs (2). C'est la formule même de l'article 2262 du Code civil, qui réserve certainement l'application des articles 2252 et 2253. Il faut donc renoncer à établir, par des arguments de texte, que les courtes prescriptions commerciales échappent aux causes de suspension, mais il est certain que l'esprit général de droit commercial impose cette solution. Le commerce veut avant tout des situations nettes, aucune incertitude sur l'état des patrimoines; par conséquent une liquidation rapide des affaires embarrassées; ce sont là des nécessités d'intérêt social, puisque du mouvement commercial dépend la richesse du pays, l'accroissement de la production, et, avec la facilité de la consommation, le bien-être des consommateurs, c'est-à-dire de tous. Si tel est l'esprit du droit commercial, ne doit-on pas interpréter le silence du Code de commerce sur les suspensions de prescription comme une condamnation de ces suspensions? Que nous n'interprétions pas ainsi le silence du Code civil qui a établi ces suspensions, rien de plus naturel; mais dans un autre Code, rédigé par d'autres hommes, dans des vues et en présence de besoins tout différents, on peut, sans être inconséquent, ne pas être aussi exigeant sur la nécessité d'un texte dérogeant aux articles 2252 et 2253.

Les rédacteurs du Code de commerce l'ont peut-être compris

(1) V. M. Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 273 et 574. 2e édit.

(2) V. Massé, *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. III, p. 409.

ainsi, car, malgré une observation de Cambacérès, qui demandait que l'article 189 rappelât l'article 2252, ils ont laissé subsister le texte du projet dans sa généralité primitive, ce qui paraît bien être la condamnation de l'opinion manifestée par Cambacérès.

360. Les rapports qui existent entre les conjoints et leur incapacité réciproque de s'avantager irrévocablement, écartent nécessairement les inductions que l'on pourrait tirer de la possession de l'un ou du silence de l'autre, pour fonder une prescription. Aussi la prescription ne court-elle pas entre époux. V. art. 2253; et à ce sujet art. 2278, 1663, 1676; C. Pr., art. 398, 444.

360 *bis*. I. Nous sommes habitués à voir le Code civil accordant aux femmes mariées les mêmes avantages qu'aux mineurs. Il n'en est point ainsi en matière de prescription. La prescription court contre les femmes mariées majeures et non interdites. La femme, en effet, n'a pas besoin d'une grande expérience des affaires pour savoir qu'il faut exercer ses droits afin de ne pas les laisser périr, elle est de plus assistée quelquefois et toujours conseillée par son mari, en sorte que ses droits sont protégés par une double vigilance. Elle n'avait pas besoin d'une protection spéciale, qui, eu égard au nombre et à la durée des mariages, eût prolongé indéfiniment beaucoup de prescriptions au détriment du crédit public intéressé à la stabilité des propriétés et à la sécurité des patrimoines.

360 *bis*. II. Le mariage d'un propriétaire ou d'un créancier n'est cependant pas sans influence sur les règles de la prescription dans trois positions différentes prévues et réglées par les articles 2253, 2255, 2256.

La loi formule ainsi sa première règle : la prescription ne court point entre époux, c'est-à-dire que le mari ne peut pas prescrire contre sa femme, mais aussi que la femme ne peut pas prescrire contre le mari. Le bénéfice de la suspension de prescription, dans l'hypothèse prévue, appartient aussi bien à l'homme marié qu'à la femme mariée.

Ce que la loi suppose, c'est que l'un des époux est créancier de l'autre, ou possesseur d'un bien appartenant à l'autre; tant que dure le mariage, l'époux débiteur ne peut se libérér par prescription et l'époux possesseur ne peut acquérir par prescription le bien de son conjoint.

Puisque cette suspension de prescription existe aussi bien dans l'intérêt du mari que dans celui de la femme, il ne faut pas lui assigner les motifs qui justifient les mesures de protection prises ordinairement dans l'intérêt des femmes mariées. La raison d'être de la règle se trouve dans les relations qui existent entre le possesseur et le propriétaire ou entre le débiteur et le créancier. Si, pour éviter la perte de son droit par prescription, le propriétaire ou le créancier devait interrompre régulièrement la prescription, il faudrait qu'il employât contre son conjoint des moyens presque rigoureux, une citation en justice, un commandement, une saisie, ce qui ne laisserait pas de créer souvent des germes de mésintelligence entre les époux. Encore supposons-nous que ce propriétaire ou ce créancier songe à exercer ses droits, tandis que bien souvent, à cause de la communauté d'intérêts, qui est le résultat de la vie commune, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial, l'époux ne songerait pas qu'il pût y avoir lieu à invoquer les droits qu'il a contre son conjoint. Puis la loi redoute les avantages indirects, les libéralités irrévocables entre époux, et la prescription offrirait quelquefois un moyen commode de réaliser une de ces libéralités.

361. La femme mariée est en général capable d'aliéner, avec le concours de son mari; d'un autre côté, elle peut agir pour interrompre la prescription, soit par elle-même en se faisant dûment autoriser, soit par le ministère de son mari, maître de ses actions. Elle n'est point d'ailleurs restituable contre le fait ou la négligence de celui-ci, comme le mineur l'est, selon nous, contre la négligence ou le fait de son tuteur (1). Il n'y avait donc aucune raison pour suspendre en sa faveur le cours de la prescription, soit qu'étant séparée de biens, elle administre elle-même, soit que l'administration appartienne à son mari. Il suffit, dans ce dernier cas, de lui réserver son recours contre son mari. V. art. 2254, et à ce sujet art. 1428 et 1562.

361 *bis*. I. Le recours réservé contre le mari pour le cas où il a l'administration des biens de la femme, n'appartient toutefois à

(1) M. DEMANTE fait ici allusion à une théorie sur les actes des tuteurs qu'il a exposée au t. V, n°s 269 et 270, et que nous avons combattue dans le même volume, n° 270 *bis*. XI-XX.

celle-ci que sous certaines distinctions qui nous reporteraient dans la matière du contrat de mariage. Rappelons seulement que, sous le régime de la communauté, le mari, ayant les actions personnelles mobilières, sera responsable de la prescription accomplie au profit d'un débiteur de la femme, mais que, comme il n'a pas les actions pétitoires immobilières, on ne peut lui imputer la prescription acquisitive accomplie par un possesseur, à moins qu'il n'eût négligé, soit d'intenter l'action possessoire quand il a eu le droit de le faire, soit au moins de prévenir la femme par une dénonciation des usurpations commises sur son fonds (1) (art. 614). Les règles seraient les mêmes sous le régime sans communauté; sous le régime dotal la responsabilité du mari serait d'autant plus lourde qu'il a les actions pétitoires immobilières, mais elle serait allégée par la règle sur l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal qui restreindrait l'obligation du mari aux cas exceptionnels où cette imprescriptibilité n'existe pas (2).

361 *bis*. II. La responsabilité du mari, qui peut être ou devenir insolvable, ne garantira pas toujours la femme d'une manière efficace. Aussi pourrait-elle trouver un intérêt à interrompre elle-même la prescription avec l'autorisation de justice, si le mari, par négligence ou mauvaise volonté, s'abstient de faire les actes nécessaires. Elle aura certainement le droit de procéder ainsi sous les régimes de communauté et sans communauté, quand il s'agira d'interrompre une prescription acquisitive en matière immobilière, puisque le mari n'a pas l'exercice des actions immobilières, ce qui implique que cet exercice appartient à la femme. Sous les mêmes régimes, nous reconnaîtrons encore à la femme le droit d'interrompre les prescriptions libératoires ou acquisitives en matière de meubles, parce que l'attribution au mari des actions personnelles et mobilières n'a pas un caractère exclusif d'un droit pareil en la personne de la femme. Celle-ci, étant créancière ou propriétaire, doit, à moins d'un texte contraire qui n'existe pas, conserver les actions qui sanctionnent ses droits malgré le mandat émané d'elle, qui permet au mari de les exercer. En principe, il y a concours entre le mandant et le mandataire pour l'exercice des actions.

361 *bis*. III. Si nous nous plaçons au contraire dans l'hypothèse du régime dotal, nous refuserons à la femme le droit d'interrompre

(1) V. t. VI, n° 71 *bis*. VI et VII.
(2) V. t. VI, n° 221 *bis*. III et V, et n° 233 *bis*. I-IV.

la prescription à défaut de son mari, parce que l'article 1549, en déclarant que le mari a *seul* le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs de la dot, a manifestement dépouillé la femme de l'exercice de toutes ses actions et ne lui a laissé d'autre ressource que la séparation de biens motivée sur le péril que la prescription prochaine fait courir à sa dot (1).

362. Les principes particuliers au régime dotal font exception à la règle ci-dessus, s'il s'agit d'immeubles constitués en dot et frappés d'inaliénabilité. La prescription alors ne court pas pendant le mariage. Au reste, cette proposition, bornée ici au cas d'aliénation, semble n'embrasser dans ses termes que la prescription de l'action révocatoire autorisée par l'article 1560. D'autre part, cependant, la loi renvoie à l'article 1561, qui, comprenant dans sa généralité les divers cas de prescription, déclare bien en principe l'immeuble dotal imprescriptible *pendant le mariage*, mais pourtant ne suspend pas le cours de la prescription commencée auparavant, et déclare en outre l'immeuble prescriptible après la séparation de biens. V. art. 2255, et à ce sujet articles 1560 et 1561.

362 *bis*. I. Nous avons exposé longuement, au titre du contrat de mariage, les règles sur l'imprescriptibilité des biens dotaux sous le régime dotal. Nous avons montré que les articles 1560 et 1561 embrassent plusieurs hypothèses distinctes. L'article 1560 suppose d'abord que la femme, le mari, ou tous les deux conjointement, ont tenté d'aliéner l'immeuble dotal; l'article 1561 suppose ensuite que l'immeuble dotal est possédé par une personne qui ne le tient pas des époux, soit qu'elle l'ait usurpé, soit qu'elle l'ait acquis d'un étranger. Nous avons montré que la nature de la prescription varie, suivant les hypothèses; dans le cas de l'article 1561, c'est une prescription acquisitive, et dans le cas ou dans la plupart des cas indiqués par l'article 1560, c'est une prescription de l'action en nullité ou en rescision fondée sur l'inaliénabilité de l'immeuble. De là des différences quant aux conditions de ces prescriptions.

362 *bis*. II. L'article 2255 n'entre pas dans des détails sur les différentes hypothèses dans lesquelles peut se présenter la question de prescription de l'immeuble dotal. Il nous a paru, et nous avons

(1) V. t. VI, n° 221 *bis*. V.

dit au tome VI que cet article n'a pas d'autre portée que celle d'un renvoi. Il se réfère à ce qui a été dit au titre du contrat de mariage sur l'imprescriptibilité. Il est vrai qu'il semble viser seulement le cas prévu par l'article 1560, puisqu'il spécialise sa disposition en indiquant que la prescription ne court point à l'égard de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal; mais alors même que les rédacteurs de l'article 2255 n'auraient songé qu'à cette hypothèse, ils n'ont certes pas rétracté la règle générale contenue dans l'article 1561, et il faut bien comprendre dans l'énumération des causes de suspension le caractère dotal de l'immeuble, en dehors même du cas où il a été aliéné par les époux eux-mêmes.

362 *bis*. III. D'ailleurs, en indiquant l'espèce prévue par l'article 1560, la loi renvoie expressément à l'article 1561, qui statue sur l'autre espèce, et nous en avons conclu que sa pensée était tout simplement de s'en référer aux règles précédemment exposées sur l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal (1).

Reste une difficulté; le rapprochement qui se fait dans l'article 2255 entre l'hypothèse prévue par l'article 1560 et la disposition de l'article 1561 ne doit-il pas être interprété comme manifestant la volonté d'appliquer au cas d'aliénation par les époux une règle qui paraît réservée par le titre du contrat de mariage au cas de prescription par un usurpateur ou par un acquéreur, *a non domino?* N'a-t-on pas voulu généraliser la règle en vertu de laquelle la prescription court du jour de la séparation de biens?

Nous avons étudié cette difficulté et essayé de démontrer que dans l'hypothèse spéciale de l'article 1560, c'est-à-dire quand la femme a consenti à l'aliénation, son action ne devient pas prescriptible après la séparation de biens (2).

363. La loi indique deux autres cas où la prescription ne court pas contre la femme mariée :

1° Lorsque son action est subordonnée à l'option, qu'elle ne pourra faire avant la dissolution de la communauté, entre l'acceptation et la renonciation (3) : alors, en effet, il est évident qu'elle ne peut agir;

(1) V. t. VI, n° 232 *bis*. XXXVI.
(2) V. t. VI, n° 232 *bis*. XXVI-XXXVI.
(3) Supposons, par exemple, que le mari ait, contre la prohibition de l'article 1422, disposé à titre gratuit d'un immeuble de la communauté; la femme n'ayant

2° Lorsque son action réfléchirait contre son mari; car on peut croire facilement qu'elle a été empêchée d'agir par cette considération. V. art. 2256.

363 *bis*. I. Dans l'article 2256, il est question de deux hypothèses où la prescription est encore suspendue au profit de la femme mariée, quoiqu'elle n'ait pas pour objet des choses inaliénables.

La première disposition de l'article suppose la femme mariée sous le régime de la communauté, et la cause de suspension se rencontre dans la faculté qui appartient à la femme commune de choisir, à la dissolution de la communauté, entre l'acceptation et la répudiation de la communauté.

On comprend que les droits de la femme diffèrent selon qu'elle est acceptante ou renonçante, que certains droits lui appartiennent dans un cas, qui ne lui appartiendraient pas dans l'autre. Cela étant, comment faire courir contre elle la prescription de ces droits, tant qu'elle ne peut pas accepter ou répudier la communauté? Le droit qui est menacé par une prescription ne peut pas être exercé tant que la femme est dans l'impossibilité juridique d'accepter ou de répudier, et ici la loi a tenu compte de l'impossibilité d'exercer le droit pour établir une cause de suspension.

363 *bis*. II. La raison que nous assignons à la disposition du premier alinéa de l'article 2256 conduit fatalement à faire subir à ce texte une certaine correction. Ce n'est pas *pendant le mariage*, mais *pendant la durée de la communauté*, que la prescription est suspendue. Les rédacteurs du Code ont employé une expression trop large, d'abord parce qu'ils ont songé à ce qui arrive le plus ordinairement, la communauté finissant avec le mariage, et ensuite parce que leur formule est exacte dans le cas prévu par leur second alinéa, où la suspension ne doit logiquement prendre fin qu'à la dissolution du mariage.

363 *bis*. III. Envisagée d'une façon abstraite, la règle du premier

qualité pour attaquer cette donation qu'autant qu'elle acceptera la communauté; la prescription ne pourra courir contre elle pendant le mariage, au moins tant que durera la communauté. Il en serait de même à l'égard de l'action hypothécaire de la femme sur les immeubles de la communauté vendus par le mari seul pendant le mariage, lors même en effet que cette action ne devrait pas réfléchir contre la mari (*puta* si l'acheteur avait acquis à ses risques et périls); toujours est-il qu'elle ne peut appartenir à la femme qu'autant qu'elle renoncera à la communauté. (Note de M. DEMANTE.)

alinéa de l'article 2256 se comprend et se justifie parfaitement; mais si l'on en cherche les applications, il est plus difficile de les trouver exactement. Il est certain, en effet, qu'il ne peut être question dans l'article de suspendre la prescription relativement à tous les biens et à tous les droits de la communauté, en partant de cette idée qu'à la dissolution il apparaîtra si ces biens ont appartenu à la femme ou ne lui ont pas appartenu, selon qu'elle aura accepté ou renoncé. Cette suspension de prescription serait l'anéantissement des pouvoirs du mari sur la communauté, si elle pouvait donner à la femme des droits contre les ayants cause du mari; et s'il s'agissait de revenir sur des prescriptions accomplies parce que le mari aurait négligé d'agir, ce serait la destruction presque complète de l'article 2254, ce serait une restitution contre les omissions commises contre le mari, restitution que la loi n'a pas voulu admettre en principe, par les raisons que nous avons données plus haut.

363 *bis*. IV. Ce sont donc des hypothèses exceptionnelles qui ont été visées par l'article 2256-1°. Il s'agit d'abord du cas où le mari a outre-passé ses pouvoirs de chef de la communauté en conférant sur des biens de la communauté des droits que la femme peut attaquer si elle accepte et contre lesquels elle ne peut rien si elle renonce. L'hypothèse la plus simple est celle où le mari a donné un immeuble de la communauté (art. 1422). Nous avons expliqué, au tome VI, que la femme a une action contre le donataire et quelle en est l'étendue; cette action dépend de l'acceptation de la communauté, et par conséquent elle est imprescriptible tant que dure la communauté (1).

363 *bis*. V. La note de M. Demante ajoute à cette hypothèse celle où le mari a aliéné un bien de communauté et où il s'agit de la prescription du droit d'hypothèque légale de la femme sur ce bien. Il faut remarquer que cette hypothèse ne peut fournir un cas d'application de l'article 2256-1° qu'autant qu'on admet le système que nous avons adopté au tome IX sur un point fort controversé. La femme a-t-elle hypothèque légale sur les biens de la communauté aliénés par le mari? Quand on répond à cette question par la négative, on n'a pas à examiner si l'action hypothécaire de la femme peut se prescrire (2).

363 *bis*. VI. Nous appliquerons encore l'article 2256 dans un cas

(1) V. t. VI, n° 66 *bis*. VII et VIII.
(2) V. t. IX, n° 81 *bis*. VIII-X.

qui donne naissance à de longues controverses : celui où le mari, commun en biens, a aliéné le propre de sa femme sans son consentement. Nous avons reconnu à la femme le droit de revendiquer son immeuble, pourvu qu'elle renonce à la communauté; par conséquent elle ne peut craindre la prescription qu'à partir de la dissolution de cette communauté (1).

363 *bis*. VII. Nous ne rangerons pas parmi les hypothèses que comprend notre article, celle où la femme a ameubli un immeuble en se réservant le droit de le reprendre au cas de renonciation à la communauté (2). Nous n'avons pas admis, en effet, que la clause de reprise d'apport conservât à la femme la propriété de ses apports, nous avons décidé que le mari peut aliéner les choses mises en communauté par sa femme, que ses créanciers peuvent les saisir, et que le droit de la femme se traduit, à la dissolution de la communauté, en une créance de valeur. Ces décisions doivent s'appliquer aussi bien à l'apport en immeubles qu'à l'apport en meubles, sauf l'application de l'article 1509, qui n'ouvre pas un droit contre des tiers acquéreurs, mais seulement un droit contre la masse partageable. Dès lors, le droit de la femme n'ayant pas à être exercé contre des tiers, la question de prescription et de suspension ne peut pas être agitée.

Que si, par une convention expresse, la femme avait frappé d'une condition résolutoire, celle de sa renonciation, l'acquisition de l'immeuble par la communauté, on apercevrait l'intérêt de la question, mais nous ne verrions pas encore qu'il y eût à appliquer l'article 2256, car la femme ayant, avant la dissolution de la communauté, une propriété sous condition suspensive, ne serait pas dans l'impossibilité de faire des actes conservatoires par elle-même avec autorisation de justice ou par le mari, son représentant, donc l'exercice de son droit ne dépendrait pas de son option; elle rentrerait dans la règle générale qui soumet les femmes mariées à la prescription (art. 2254).

363 *bis*. VIII. Le second alinéa de l'article 2256 se rattache à la disposition de l'article 2253, quand la femme, en interrompant une prescription qui court au profit d'un débiteur ou d'un possesseur quelconque, peut craindre que ce débiteur ou ce possesseur n'intente une action en recours contre son mari, elle se trouve dans

(1) V. t. VI, nº 71 *bis*. XII-XIX.
(2) V. Aubry et Rau, t. II, p. 303. Édit. 1865.

la même position que s'il lui fallait agir contre son mari lui-même, et les raisons qui ont fait suspendre la prescription entre époux s'opposent à la prescription au profit du tiers débiteur ou possesseur.

La loi caractérise d'une façon très-saisissante les hypothèses qu'elle a en vue. La femme doit intenter une action, ou plus exactement exercer des poursuites pour interrompre la prescription; si le tiers poursuivi peut recourir contre le mari, les actes de la femme, dirigés en apparence contre le tiers, ont un effet indirect contre le mari, ils réfléchissent contre lui, comme le rayon de lumière qui frappe sur un point est dirigé sur un autre par un phénomène de réflexion.

Le texte cite un exemple pour expliquer ce qu'il entend par cette réflexion d'action. Le mari a vendu le bien propre de sa femme, il est garant à la vente; si la femme revendique son immeuble, l'acheteur poursuivra le mari en garantie. Si le mari a vendu sans garantie, comme il pourrait être poursuivi en restitution de prix (art. 1629), la situation est la même. Mais s'il a vendu aux risques et périls de l'acheteur ou s'il a donné autrement que *dotis causa* (art. 1547), comme il n'est pas tenu envers son ayant cause, la femme peut et doit agir contre celui-ci, si elle ne veut pas qu'on lui oppose la prescription.

Dans l'hypothèse prévue par le Code, le tiers, qui aurait intérêt à prescrire, est un possesseur du bien de la femme. On peut supposer qu'il s'agirait d'un débiteur. *Exemples :* le mari est codébiteur solidaire avec un tiers, la femme créancière ne peut pas poursuivre celui-ci sans donner naissance à un recours contre son mari; ou bien le mari est débiteur principal et le tiers est caution.

363 *bis*. IX. Nous avons montré que l'article 2256-2° dérive de l'article 2253; dès lors, dans la logique absolue, il aurait fallu que la prescription fût suspendue en faveur du mari, quand son action pourrait réfléchir contre la femme. Mais la loi n'a pas poussé jusque-là les conséquences de l'idée dont elle s'inspirait. Évidemment elle a moins redouté, en pareille matière, l'influence de la femme sur le mari que celle du mari sur la femme. Aussi bien, les faits qui peuvent créer la situation que nous étudions, ont pu paraître plus rares, quand on intervertit les situations. Rarement la femme aura vendu l'immeuble de son mari, rarement elle se sera obligée envers son mari solidairement avec un tiers. Voilà probablement pourquoi l'article 2256-2° ne s'occupe que du mari subissant le

contre-coup des actions de sa femme. Il faut cependant reconnaître que très-souvent ces situations ne seront pas créées par des actes des époux eux-mêmes. Le mari, aussi bien que la femme, peut être devenu par succession propriétaire d'un bien que sa femme ou l'auteur de sa femme a vendu, il peut être aussi devenu créancier d'une dette contractée par la femme ou l'auteur de celle-ci solidairement avec d'autres débiteurs. Si le Code avait aperçu ces hypothèses, peut-être qu'il aurait étendu aux deux époux la disposition fixe de l'article 2256.

364. C'est évidemment sur l'impossibilité d'agir qu'est fondée la suspension de la prescription à l'égard d'une créance conditionnelle, d'une action en garantie ou même d'une créance à terme. V. art. 2257.

364 *bis*. I. L'impossibilité d'agir en cas de dettes conditionnelles ou à terme n'est pas aussi absolue qu'elle paraît l'être au premier abord. Le créancier a toujours le droit de faire des actes conservatoires (art. 1180), et parmi ces actes il en est, comme l'assignation en reconnaissance d'écritures, qui interrompraient la prescription. La raison générale de l'article, celle qui s'applique à toutes les hypothèses qu'il comprend, c'est que l'inaction du créancier s'explique par cette considération qu'il ne peut pas obtenir encore l'exécution effective de l'obligation, et qu'elle ne saurait tromper le débiteur qui doit savoir à quoi s'en tenir sur les caractères de son obligation et comprendre par quels motifs le créancier n'agit pas contre lui.

364 *bis*. II. Les créances conditionnelles auxquelles s'applique l'article 2258 sont celles qui sont affectées d'une condition suspensive, on le voit bien par le rapprochement qui se fait dans l'esprit du législateur entre ces créances, les créances à terme et les créances de garantie. L'obligation sous condition résolutoire existe dans toute sa plénitude à partir du jour du contrat. Elle s'exécute comme si elle était pure et simple. Il n'y a par conséquent aucune bonne raison pour justifier l'inaction du créancier; pourrait-on supposer qu'il attend, pour agir, l'arrivée de la condition, c'est-à-dire l'extinction du droit qu'il s'agit d'exercer?

364 *bis*. III. Les différents articles qui ont jusqu'ici traité des suspensions de prescription avaient en vue aussi bien la prescription acquisitive que la prescription libératoire (art. 2250, 2253, 2256);

l'un d'eux, l'article 2255, vise à la fois la prescription acquisitive et la prescription extinctive de l'action en nullité d'une aliénation. Dans l'article 2257, au contraire, il n'est question que de l'extinction des créances, et par conséquent de la prescription libératoire.

Il ne faut donc pas étendre la règle et suspendre la prescription acquisitive quand le droit du vrai propriétaire est affecté d'une condition. Le possesseur de l'immeuble d'autrui prescrira contre le propriétaire conditionnel. La situation en effet n'est pas la même; la prescription s'appuie sur autre chose que sur l'inertie de celui contre qui l'on prescrit, elle s'appuie sur un fait positif du prescrivant, sur la possession, fait qui, par lui-même, est considéré comme générateur du droit de propriété. En outre, le possesseur n'est pas en relation juridique avec celui contre qui il prescrit, comme le débiteur avec son créancier, donc il peut ignorer la condition qui affecte le droit du vrai propriétaire, et il n'est pas possible de lui opposer qu'il a dû comprendre pourquoi celui-ci n'exerçait pas ses droits. Enfin, le crédit public souffrirait plus encore de la prolongation indéfinie d'une prescription acquisitive au détriment des acquéreurs et sous-acquéreurs de l'immeuble qu'il ne souffre de la longue durée d'une prescription libératoire n'intéressant guère que le débiteur et ses héritiers.

364 *bis*. IV. On ne doit pas conclure de notre décision que le propriétaire conditionnel sera absolument désarmé contre le tiers possesseur. Il trouvera, dans l'article 1180, le droit de demander en justice au possesseur la reconnaissance de son droit conditionnel et de faire constater par jugement, s'il y a lieu, l'existence de ce droit.

364 *bis*. V. Nous devons reconnaître que la plupart des documents de la jurisprudence sont contraires à l'opinion que nous venons d'exposer. Mais il nous est difficile d'accepter la doctrine de ces arrêts. La plupart s'appuient sur la maxime *contra non valentem agere*, dont nous avons plus haut combattu l'autorité et qui d'ailleurs ne saurait être invoquée ici, quand on reconnaît, comme nous l'avons fait, que le propriétaire conditionnel peut, en vertu de l'article 1180, faire reconnaître en justice l'existence de son droit; c'est la doctrine ancienne que nous avons admise sur l'article 2180 à propos de l'action réelle hypothécaire, et que rien n'empêche de tenir pour vraie sous l'empire du Code civil.

Presque tous les arrêts interprètent l'article 2257 comme si le mot *créances*, employé par le Code civil, était absolument synonyme

du mot *droits;* l'un d'eux cite l'article 2257 en ces termes : la prescription ne court pas à l'égard d'un droit personnel ou réel qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition soit arrivée (1). Un autre arrêt (2) allègue que le Code civil se sert quelquefois d'une de ces deux expressions pour l'autre; il cite l'article 1138 qui dit, au contraire, que par l'effet de l'obligation, ou pour mieux dire de la convention, le créancier est rendu propriétaire, c'est-à-dire qu'il cumule deux titres. Quant aux arrêts récents de la Cour de cassation, ils n'abordent pas directement la difficulté. Il en est un qui, traitant la même question à propos du droit d'hypothèque, semble éviter la question théorique générale et cherche, sur l'article 2180, à appliquer l'article 2257, en présentant le sort de l'hypothèque, droit accessoire, comme lié au sort de la créance, droit principal, d'où il résulte que la doctrine qui soumet tous les droits réels à l'article 2257 ne saurait trouver un appui dans cette décision judiciaire (3).

Un autre arrêt (4) statue sur une hypothèse où le droit réclamé après trente ans pouvait être considéré soit comme une servitude, soit comme une créance, et la Cour, en évitant de caractériser ce droit, a encore une fois passé à côté de la question de principe sur les droits réels conditionnels. Un arrêt plus ancien (5), après avoir constaté que l'article 2257 suspend la prescription à l'égard des créances conditionnelles, semble considérer l'action dirigée contre le tiers détenteur par l'échangiste qui fait résoudre le contrat d'échange pour cause d'éviction, comme une action personnelle, car il l'appelle action en délaissement ayant pour objet de le faire *rentrer* dans la *propriété* des biens donnés par lui en contre-échange. S'il s'agit de rentrer dans la propriété, c'est que cette propriété a été perdue, et l'action qui tend à la faire recouvrer ne peut être que personnelle; par ce raisonnement la Cour s'est placée en dehors de notre question (6).

(1) C. Montpellier, 10 janvier 1878. Sirey, 1878, 2, 313.
(2) V. C. I. Agen, 21 juillet 1862. Sirey, 1863, 2, 15.
(3) V C. C., 30 décembre 1879. Sirey, 1881, 1, 64.
(4) V. C. C., 9 juillet 1879. Sirey, 1879, 1, 463.
(5) C. C., 28 janvier 1862. Sirey, 1862, 1, 236.
(6) V., dans notre sens, un arrêt longuement motivé de la Cour de Toulouse 26 avril 1875, Sirey, 1881, 1, 202, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation, qui n'a pas statué sur notre question. V. aussi la savante note de notre collègue M. Labbé, Sirey, 1873, 2, 314, sur l'arrêt de Montpellier cité plus haut.

365. Quoique l'héritier bénéficiaire ne soit pas dans l'impossibilité d'agir contre la succession (Cod. Pr., art. 996), toutefois sa qualité est pour lui un motif légime de s'en abstenir. La prescription ne court donc pas contre lui. Mais la prescription court contre une succession vacante quoique non pourvue de curateur, car il ne dépend que des intéressés de l'en faire pourvoir. V. art. 2258.

365 *bis*. I. Pothier disait : Le temps de la prescription ne peut courir contre l'héritier bénéficiaire pour les créances qu'il a contre la succession bénéficiaire, car il ne peut agir contre lui-même (1). Le Code a reproduit cette décision, qui a perdu sa raison d'être depuis la rédaction du Code de Procédure (art. 996). Elle peut se justifier d'ailleurs par une raison d'économie : pourquoi contraindre l'héritier à faire des frais qui diminueront l'actif héréditaire au détriment des créanciers ? Comment, en outre, considérer le silence du créancier comme une reconnaissance de l'inexistence de la dette, quand le créancier est en même temps le représentant du débiteur, détenteur de l'actif et chargé de le distribuer à tous les créanciers?

365 *bis*. II. Ces diverses raisons, comme celle que donnait Pothier, supposent que l'héritier bénéficiaire n'a pas de cohéritiers. Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire quand l'héritier bénéficiaire n'est pas héritier unique, l'article demande à n'être appliqué qu'avec une certaine distinction que commandent les principes.

N'oublions pas que les dettes, au moins celles qui sont divisibles, se divisent de plein droit entre tous les cohéritiers, que l'actif de la succession se divise aussi de plein droit entre eux, et qu'il se répartit définitivement en lots, attribués par le partage à chaque héritier, sans qu'il y ait à rechercher s'ils sont héritiers purs et simples ou sous bénéfice d'inventaire. Dès lors, l'un des héritiers n'est jamais débiteur de la totalité d'une dette héréditaire, s'il est par hasard créancier de la succession, il n'est pas seul son propre débiteur; quand il n'agit pas pour les parts de la dette qui sont dues par ses cohéritiers, on ne peut pas expliquer son inaction en disant qu'il compte se payer lui-même sur la succession dont il ne détient qu'une part. D'un autre côté, ses cohéritiers, s'ils ne sont pas prévenus qu'il se prétend créancier, sont tenus dans l'erreur sur la

(1) V. Pothier, *Obligations*, n° 646 *in fine*.

valeur réelle de leur part héréditaire, et dès lors il serait inexact de dire que des frais faits contre eux seraient faits en pure perte. L'article 2258 n'est donc pas applicable, si l'on envisage ses motifs, et son texte montre plus clairement encore qu'il ne vise pas l'hypothèse dont nous traitons, car il parle des créances de l'héritier bénéficiaire contre la succession, et, dans le cas que nous examinons, l'héritier n'a pas véritablement pour débiteur la succession, mais chacun de ses cohéritiers. Cela surtout est particulièrement vrai quand ses cohéritiers ont accepté purement et simplement, et cela ressortait incontestablement du texte de Pothier, que nous avons cité plus haut, où il est question des créances contre la succession bénéficiaire; qu'est-ce que la succession bénéficiaire quand les cohéritiers ont accepté purement, si ce n'est pas seulement la part de cet héritier-créancier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire? Si l'article ne peut pas être appliqué au cas où les cohéritiers de l'héritier bénéficiaire ont accepté purement et simplement, il n'y a plus à argumenter de sa généralité apparente; il faut reconnaître qu'il songe seulement à l'héritier bénéficiaire qui est héritier unique, et il ne faut pas étendre sa décision à l'hypothèse où les cohéritiers ont accepté sous bénéfice d'inventaire; car, même dans ce cas, la créance de l'héritier se divise, il ne peut agir contre chacun de ces cohéritiers que pour partie sur la fraction de l'actif dont celui-ci est propriétaire, et il n'y a pas de raison sérieuse qui puisse le dispenser d'agir.

365 *bis*. III. Des jurisconsultes très-autorisés soutiennent que la prescription est suspendue contre tous les cohéritiers parce que l'héritier-créancier, chargé d'administrer la succession dans l'intérêt des créanciers et des légataires, n'avait pas à élever des prétentions contre la succession; nous répondons à cette objection que l'héritier bénéficaire, qui n'est pas héritier unique, n'administre pas à lui seul toute la succession, que dès lors son inaction ne peut pas s'interpréter comme elle s'interprète quand il est appelé à toute la succession. Ou l'on est dans l'indivision, et l'un des héritiers ne peut pas compter sur lui-même pour se payer de ce qui lui est dû, il lui faudra bien l'assentiment des autres, donc il est nécessaire qu'il fasse valoir ses droits; ou le partage a eu lieu, et il est bien plus nécessaire encore qu'il agisse contre chacun de ses cohéritiers pour obtenir le paiement de la fraction de sa créance qui ne grève pas sa part de l'actif.

L'opinion que nous combattons présente en outre cet inconvénient qu'elle a conduit des auteurs à faire une distinction dont le Code ne parle pas. Ils sont obligés de distinguer, quant aux cohéritiers qui ont accepté purement, l'action du cohéritier-créancier sur les biens de la succession et l'action sur leurs autres biens. La suspension de prescription ne concernerait que les biens héréditaires. Comprend-on une distinction pareille par rapport à des débiteurs tenus personnellement *ultra vires*, c'est-à-dire sur tous leurs biens, et peut-on admettre qu'une action personnelle soit prescrite par rapport à un bien et non pas par rapport à l'autre? La distinction des biens héréditaires et des biens personnels n'existe pas par rapport à un héritier pur et simple quand il n'y a pas séparation des patrimoines, et ce principe est méconnu par l'opinion que nous combattons (1).

365 *bis*. IV. L'article 2258, comme l'article 2257, ne parle que de la prescription des créances. Il n'est donc pas, dans ces termes, applicable à la prescription acquisitive, et d'autres dispositions de la loi vont nous montrer l'immense différence qui sépare sur ce point les deux prescriptions.

Nous supposons que l'héritier bénéficiaire est propriétaire d'un immeuble que possédait le défunt et qu'il a recueilli dans la succession. Peut-on dire que l'action en revendication qu'il intenterait serait une procédure inutile? Examinons d'abord le cas où il est héritier unique. C'est alors dans ses rapports avec les créanciers héréditaires qu'il est intéressant de savoir si le bien faisait ou non partie de la masse héréditaire, jusqu'à concurrence de laquelle ceux-ci peuvent être payés. Or, ces créanciers n'ont-ils pas le plus grand intérêt à connaître la prétention de l'héritier sur un bien qu'ils considèrent comme leur gage? L'héritier, il est vrai, détient le bien, mais il semble le tenir comme ayant cause du défunt, et rien ne peut faire soupçonner qu'il a changé son titre de possession et qu'il ne se considère plus comme comptable de la valeur de ce bien envers les créanciers; d'où il résulte que la loi n'avait pas un motif sérieux de suspendre en pareil cas la prescription. Les mêmes considérations s'opposent à ce qu'on voie dans la possession de l'héritier le commencement d'une interruption naturelle de la prescription, car l'interruption naturelle suppose la dépossession du possesseur, la prise de possession par autrui, et la possession

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 305. Édit. 1865.

de l'héritier, dans l'hypothèse qui nous occupe, aurait au moins le caractère de l'équivoque.

Dans le cas où l'héritier qui se prétend propriétaire des biens a des cohéritiers, nous devons *à fortiori* dire que la prescription n'est pas suspendue, car ce n'est pas seulement avec les créanciers héréditaires qu'il se trouve en conflit, mais avec des cohéritiers, ses copropriétaires et copossesseurs, et ce fait qu'ils possèdent ensemble à titre héréditaire rend impossible la supposition qu'il posséderait seul *proprio titulo;* or ce ne peut-être qu'une possession semblable qui pourrait justifier la suspension de la prescription en permettant de dire : Pourquoi agirait-il en revendication, puisqu'il possède?

365 *bis*. V. La loi a négligé d'indiquer quelle est, dans le cas où la prescription est suspendue en faveur de l'héritier bénéficiaire, le moment où cesse cette suspension. Si elle ne devait jamais cesser, elle ne serait pas une suspension. Il suffit, au reste, de se rendre un compte exact des motifs sur lesquels s'appuie la règle de la loi, pour comprendre quand cette règle commence à devenir inapplicable. L'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, n'a pas à manifester sa prétention tant qu'il administre la succession en quelque sorte tête à tête avec lui-même, tant que le maniement des choses héréditaires est abandonné à sa propre appréciation, alors il ne peut être question de prescription; mais arrive un moment où cet héritier est en communication avec les créanciers héréditaires, c'est quand il rend son compte. Ne pas comprendre sa créance dans le passif de la succession, c'est certes manquer une manifestation bien utile de sa prétention, c'est s'abstenir d'exercer son droit, et à partir de ce moment l'inaction de l'héritier-créancier ne s'explique plus, elle peut servir de base à une présomption d'inexistence de la dette. La prescription devient alors possible; elle commence à courir du jour de la reddition du compte.

365 *bis*. VI. L'article 2258 suspend la prescription qui pourrait courir contre l'héritier bénéficiaire, il ne dit rien de la prescription qui pourrait courir en faveur de l'héritier bénéficiaire débiteur de la succession. C'est que, sans qu'il soit besoin de créer pour cette hypothèse un cas de suspension, la prescription ne peut plus courir dès que le débiteur est devenu héritier bénéficiaire du créancier. Ce débiteur est devenu administrateur responsable des

biens héréditaires, il doit faire rentrer les créances, il doit donc se payer à lui-même ce qu'il doit à l'hérédité, *debet a semetipso exigere;* c'est-à-dire qu'il doit verser de ses deniers propres la somme due dans la masse héréditaire, ou, ce qui revient au même, comprendre dans le compte de l'actif héréditaire la somme dont il est débiteur. Si, faute de ce fait, la dette pouvait être prescrite, il serait responsable envers les créanciers de cette prescription accomplie, et voilà pourquoi il était inutile de statuer dans l'article sur la question de suspension.

365 *bis*. VII. La seconde partie de l'article traite des successions vacantes. Elles sont exposées à des prescriptions qui ne sont pas suspendues parce que les intéressés, c'est-à-dire les créanciers, peuvent faire nommer un curateur pour la protection de leurs droits.

366. La loi n'a pas voulu non plus que le cours de la prescription fût suspendu pendant les délais accordés à l'héritier pour faire inventaire et délibérer. Il peut en effet, sans prendre qualité, interrompre la prescription, puisque ce n'est là qu'un acte conservatoire. V. art. 2259, et à ce sujet art. 779.

CHAPITRE V.

DU TEMPS REQUIS POUR PRESCRIRE.

SECTION I.

Dispositions générales.

367. La prescription, qui résulte toujours de l'expiration d'un certain nombre d'années, de mois ou de jours, ne se compte point par heures; c'est en ce sens seulement qu'on dit qu'elle se compte par jours. V. art. 2260.

367 *bis*. I. Dans l'économie du titre de la prescription, après avoir parlé des conditions nécessaires pour que la prescription soit possible et des obstacles qu'elle peut rencontrer dans son cours, la

loi traite du temps requis pour la compléter. Elle va par conséquent envisager les diverses prescriptions sous le rapport de leur durée, c'est l'objet du chapitre dernier du Code civil.

Le Code, toutefois, fait précéder les règles sur la durée des diverses prescriptions par un exposé des règles générales sur la manière de calculer les délais qu'il déterminera ensuite.

367 *bis*. II. La première règle est que le calcul des délais ne se fait pas par heures. C'est-à-dire qu'un délai qui se compose d'un certain nombre de jours (V. loi de 1838 sur les vices rédhibitoires, art. 3) ne peut être considéré comme expiré quand il s'est écoulé un certain nombre de fois vingt-quatre heures depuis le fait qui sert de point de départ à ce délai; par conséquent, qu'un délai d'un mois ou de six mois ne se compose pas de trente fois ou de cent quatre-vingts fois vingt-quatre heures, et qu'un délai d'une année n'est pas accompli par la révolution de trois cent soixante-cinq fois vingt-quatre heures. Un pareil procédé de calcul eût nécessité une trop grande précision dans la preuve du fait qui sert de point de départ à la prescription. Il eût fallu démontrer peut-être, après trente ans, à quelle heure exacte avait commencé une possession ou était née une obligation. La loi a compris que, cette démonstration devant être le plus souvent impossible, et l'impossibilité devant rendre ordinairement nécessaire l'adoption d'un point de départ arbitraire, comme le commencement ou la fin de la journée, il valait mieux, au point de vue pratique, adopter une règle uniforme qui évitât les discussions sur une date à fixer par heures et par minutes.

Nous n'ajoutons pas à ce motif tout pratique une considération théorique qui est souvent présentée. Nous ne pensons pas qu'on puisse justifier la règle en alléguant que, compter par heures, c'est parfaire le délai fixé par deux fractions de deux journées différentes, quelques heures du premier jour et quelques heures du dernier, alors que la loi, qui demande un certain nombre de jours, semble exiger des journées complètes et ne compter que des journées indivisibles de minuit à minuit. Cette raison nous semblerait contredire ce que nous allons établir sur le calcul par mois et par années, et il nous paraîtrait imprudent de la faire valoir.

367 *bis*. III. Tout le monde reconnaît, en effet, que le calcul par mois ou par années s'établit de quantième à quantième, c'est-à-dire qu'un délai de six mois, commençant le 15 janvier, doit finir

le 15 juillet au coup de l'heure de minuit, séparant ce jour du 16 juillet. En comptant ainsi, on n'additionne pas des mois complets, on compose un mois avec deux fractions des mois de janvier et de juillet. Or, la loi qui assigne à une prescription la durée de six mois s'exprime de la même façon que celle qui statue sur une prescription de trente jours.

367 *bis*. IV. Il reste à démontrer que la formule première de la loi : la prescription se compte par jours, n'a pas toute la portée qu'on pourrait logiquement lui donner; qu'elle ne signifie pas qu'une prescription de six mois doit durer six fois trente jours et une prescription de dix ans dix fois trois cent soixante-cinq jours. La démonstration ne ressort pas pour nous de l'article 2261 (1), qui pourrait s'entendre parfaitement, quel que soit le système de calcul, car il faut bien toujours que le délai ait un dernier jour, et ce que la loi nous dit uniquement, c'est qu'il faut que ce dernier jour soit terminé et qu'on ne le prendra pas pour achevé quand il sera seulement commencé. Nous trouvons la preuve qu'il faut supputer les années et les mois de quantième à quantième dans l'article 2261 du Code civil original (1re édition, amendée seulement en 1807). Cet article dispose que dans les prescriptions qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires. Cette disposition aurait été absolument inutile si, dans la pensée du Code civil, les mois représentent seulement des réunions de trente jours. Elle suppose, au contraire, que le mois a une individualité propre, quel que soit le nombre de ses jours, puisque le mois de fructidor du calendrier républicain constituerait, avec les jours complémentaires que le Code lui annexe, un espace de trente-cinq jours.

367 *bis*. V. Il résulte de cet article que les mois, et par conséquent les années, constituent des unités dans le calcul des prescriptions, et qu'il ne faut pas tenir compte des différences que les inégalités entre les mois et les années apporteront à la durée réelle des délais; ainsi un délai d'un an, commencé le 1er février 1884, comprend un jour de plus qu'un même délai commencé le 1er mars, parce que le mois de février 1884 comprend vingt-neuf jours et que le mois de février 1885, l'année n'étant pas bissextile, n'a que vingt-huit jours. Il en sera de même pour des prescriptions par

(1) V. cependant Aubry et Rau, t. II, p. 294. Édit. 1865.

mois, à raison de l'inégalité des mois, les uns ayant trente, les autres trente et un ou vingt-huit jours.

367 *bis*. VI. Notre explication pourrait conduire à ne pas compter le mois ou l'année dans laquelle commence le délai pour ne pas compléter ce délai par des fractions de mois ou d'années, mais on aurait contre soi, si l'on comptait ainsi, les habitudes constantes qui considèrent comme des mois et des années le temps compris entre deux quantièmes correspondants, par exemple pour la détermination des âges. La loi calcule incontestablement ainsi, quand elle fixe à vingt et un ans l'âge de la majorité, et dans tous les cas semblables; le Code de commerce et la pratique du commerce interprètent également, sans conteste, de la même façon, les délais d'échéance des lettres de change et des billets à ordre. Il n'y a pas à hésiter, les prescriptions dont le délai est fixé par mois ou par année doivent être calculées de quantième à quantième.

368. Du reste, il faut que le dernier jour soit accompli. Le Code n'admet point, à cet égard, l'ancienne distinction entre la prescription à l'effet d'acquérir et la prescription à l'effet de se libérer. V. art. 2261.

368 *bis*. La décision de l'article 2261 peut paraître inutile, car il est évident que l'année 1883, par exemple, n'est complète que lorsque la journée tout entière du 31 décembre est achevée, d'où il est certain qu'une année qui a commencé le 1er février au matin, c'est-à-dire à l'heure de minuit, qui sépare le 31 janvier du 1er février, ne peut être accomplie que lorsque le 31 janvier suivant est arrivé à sa minute finale, c'est-à-dire à l'heure de minuit, qui le sépare du 1er février. Nous ajoutons à notre espèce une observation nécessaire, c'est que, pour qu'une prescription commence à compter du 1er janvier ou du 1er février à minuit, il faut que le fait qui sert de point de départ à la prescription ait eu lieu le 31 décembre ou le 31 janvier, puisque le délai ne peut pas commencer au milieu d'un jour.

L'inutilité de l'article 2261 n'est qu'apparente; sa décision a pour effet de supprimer une différence ancienne entre la prescription libératoire et la prescription acquisitive par dix ou vingt ans, celle-ci étant réputée accomplie le matin du dernier jour, et celle-là n'étant parfaite qu'à la fin de cette dernière journée.

SECTION II.

De la prescription trentenaire.

369. La plus longue prescription est celle de trente ans. Après ce laps de temps, le débiteur est libéré de l'action personnelle ; le possesseur est à l'abri de l'action réelle ; celui-ci n'a pas plus que celui-là besoin de rapporter un titre qui ne pourrait tendre qu'à établir sa bonne foi ; il n'a pas même à craindre l'exception déduite de sa mauvaise foi. V. art. 2262.

369 *bis*. I. La loi parle de la prescription des actions. Elle a en vue la prescription des droits que ces actions sanctionnent, puisqu'elle a défini la prescription un moyen d'acquérir ou de se libérer, c'est-à-dire de devenir propriétaire ou de cesser d'être débiteur. Ce sont les droits de propriété ou de créance qui sont un jeu dans la prescription. Par une habitude des anciens jurisconsultes, le Code confond ici l'action avec le droit lui-même, et c'est ainsi que voulant dire : la plus longue prescription dure trente ans, il a dit : toutes les actions se prescrivent pour trente ans.

C'est en effet de la durée des prescriptions et uniquement de cette durée que traite l'article 2262, toute l'économie du titre de la prescription le démontre. On a traité de la prescription en général, puis des conditions particulières auxquelles elle est subordonnée, d'après la formule même de l'article 2119, qui contient la définition. Parmi ces conditions, celles qui concernent la nécessité qu'il n'existe pas d'obstacle légal (suspension ou interruption) sont communes aux deux espèces de prescriptions ; d'autres sont particulières à la prescription acquisitive (possession avec certains caractères, accession des possessions). Arrive un chapitre portant pour rubrique : *Du temps requis pour prescrire,* qui énumère les diverses prescriptions au point de vue du temps, en commençant par les plus longues : cette énumération comprend pêle-mêle des cas de prescription acquisitive et de prescription libératoire. (V. 2262, 2263, 2265, 2270 et 2271 et suiv., 2276.) Le désordre de ce chapitre prouve que le législateur a simplement entendu donner le tarif des délais de prescription, s'en référant, pour ce qui concerne la manière dont la prescription s'accomplit, aux règles qu'il a

déjà posées, sauf à les compléter quand besoin sera, comme il le fait dans les articles 2265 et 2266.

369 *bis*. II. La formule de l'article 2262 est d'ailleurs un peu trop large, d'abord parce qu'elle n'indique pas que le délai de trente ans est un maximum, et qu'un grand nombre de dispositions, dont la plupart suivent, fixeront des délais plus courts; ensuite, parce qu'il est un certain nombre d'actions qui sont imprescriptibles, comme l'action en réclamation d'état quand elle est intentée par la personne même qui revendique son état (art. 328), l'action en partage, tant que dure l'indivision (art. 815). Évidemment, ces cas sont l'objet d'une réserve sous-entendue, comme les règles sur les conditions diverses des diverses prescriptions.

369 *bis*. III. Il était nécessaire d'insister sur la portée restreinte de l'article 2262, pour montrer qu'il ne bouleverse pas toute la théorie de la prescription, telle qu'elle résulte des chapitres précédents. Que les deux prescriptions conservent, malgré l'article 2262, leur nature propre et leurs caractères distinctifs, que l'une, la prescription libératoire, suppose uniquement l'expiration du laps de temps requis, mais que l'autre, la prescription acquisitive, demande une possession légale ayant duré pendant le laps de temps fixé; d'où cette conséquence que les droits réels ne se perdent pas directement parce qu'ils n'ont pas été exercés pendant trente ans, mais indirectement lorsqu'un possesseur a acquis, par la continuation de sa possession, le droit que son véritable titulaire n'exerçait pas.

369 *bis*. IV. Quelques droits cependant s'éteignent par le non-usage, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes. La loi s'est exprimée sur ce point, elle a eu en vue l'intérêt de la propriété que l'extinction de ces droits affranchira. Mais il n'en est pas ainsi du droit de propriété lui-même. Le Code ne l'a pas envisagé comme un droit périssable, et notamment il n'a pas parlé de son extinction par le non-usage, d'où l'on a toujours conclu que tant que la propriété n'est pas acquise à un nouveau propriétaire, elle continue d'appartenir au même propriétaire, bien qu'il n'ait pas exercé son droit.

369 *bis*. V. Tout le monde est d'accord sur ce point, la propriété ne se perd pas par le non-usage, mais on a tenté de faire une distinction entre la propriété et l'action réelle qui la sanctionne, pour donner un sens absolu à l'article 2262. On a dit : l'action en reven-

dication se prescrit pour trente ans, elle s'éteint par le simple laps de temps, puisque l'article dit que les actions réelles, comme les actions personnelles, sont prescrites par trente ans, sans exiger expressément d'autres conditions pour les unes que pour les autres.

369 *bis*. VI. Il faut voir d'abord où conduit cette doctrine; elle conduit à décider que le propriétaire qui a perdu la possession depuis trente ans ne peut plus revendiquer, et que partant il n'est plus propriétaire. D'un autre côté, si le possesseur n'a pas acquis par une prescription acquisitive, il n'est pas propriétaire, on en conclut que le bien est sans maître et qu'il appartient à l'État (1). Ainsi, un immeuble est délaissé par son propriétaire, il reste inculte pendant longues années; vient une personne qui s'en empare, le cultive pendant quelques mois ou quelques années, mais la période de trente ans, qui a commencé à courir quand le fonds a été abandonné, expire, le fonds appartient à l'État; il n'est plus à l'ancien propriétaire, il n'est pas au possesseur qui n'a pas prescrit. Voilà l'hypothèse dégagée de toute circonstance accessoire, c'est sur celle-là que nous devons raisonner pour apprécier la valeur du principe posé.

369 *bis*. VII. Il nous semble d'abord qu'une théorie qui a pour point de départ une distinction nécessaire entre la prescription de l'action et la prescription de la propriété, ne devrait pas conclure aussi hardiment de l'extinction de l'action à la perte du droit de propriété; car dire que la propriété ne se perd pas par non-usage (2), mais qu'elle cesse quand se perd l'action, faute d'exercice, c'est bien revenir à la perte par non-usage. Pour concilier les deux idées, il faudrait dire que le possesseur ne peut être, il est vrai, dépossédé, puisque le propriétaire a perdu son action, mais que celui-ci peut, en cas d'abandon de la chose par le possesseur, reprendre lui-même la possession et opposer aux prétentions des tiers et en particulier de l'État son droit de propriété, qui n'a pas été perdu.

369 *bis*. VIII. Cette observation n'est pas autre chose qu'une critique préalable de la doctrine; il faut maintenant étudier cette

(1) V. M. Laurent, *Principes du droit civil français*, t. VI, n° 166 *in fine*; t. XXVI, n° 207. Dans les passages que nous citons, la décision du principe tend à attribuer à l'État les biens donnés à des communautés religieuses non autorisées, mais la doctrine doit, d'après sa formule générale, s'appliquer à tous les cas de dépossession, et c'est sous sa forme générale que nous l'examinons.

(2) V. M. Laurent, t. XXXII, n° 367.

doctrine dans son fondement, dans cette allégation que l'action en revendication est exposée à une prescription extinctive dont les conditions sont celles qui régissent la prescription libératoire, c'est-à-dire qu'il n'est plus question d'une possession continuée par celui qui invoque la prescription, mais qu'il suffit de l'expiration du laps de trente ans.

369 *bis*. IX. Pour que l'action fût soumise à une autre prescription que le droit qu'elle sanctionne, il faudrait qu'elle constituât un droit distinct du droit sanctionné par elle. Or, l'action dans les principes du droit français est-elle en soi un droit? Qu'on lui ait attribué cette qualité dans le droit romain à l'époque de la procédure formulaire : *jus persequendi judicio quod nobis debetur*, cela se comprend, puisque la procédure devant le juge n'était possible qu'en vertu d'un ordre du magistrat qu'on appelait *actio*, et que dès lors le droit de créance ou le droit de propriété n'impliquait pas directement par lui-même le droit de faire juger l'affaire. Chez nous, rien de semblable, le droit de créance ou de propriété comprend dans ses attributs le droit de saisir directement la justice, et l'action n'est pas autre chose que la mise en mouvement du droit, l'exercice judiciaire du droit de propriété ou de créance, *le droit poursuivi en justice* (1). Si l'action est le droit lui-même, comment peut-elle se perdre par prescription dans des conditions autres que le droit?

369 *bis*. X. Il est vrai que nous admettons, avec l'article 2262, une prescription des actions personnelles qui semble distincte de la prescription de la créance, mais ce n'est là qu'une apparence. Ici le droit lui-même, la créance, s'éteint par le simple défaut d'exercice, *solo temporis lapsu*, et l'action éteinte par contre-coup paraît s'être éteinte principalement, de sorte qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer la prescription du droit et celle de l'action, et qu'on a pu, sans inconvénient, parler de la prescription de l'action ou de la prescription de la créance. La différence des expressions n'a pas d'importance au point de vue juridique.

369 *bis*. XI. Mais il en est tout autrement quand il s'agit des droits réels et des actions réelles. Par la nature même des choses, la prescription de l'action ne peut pas se concevoir indépendante de la prescription du droit. Il ne faut pas, en effet, oublier la diffé-

(1) V. M. Laurent, t. VI, n° 77.

rence caractéristique qui sépare les droits réels des droits personnels, ceux-ci opposables à une personne déterminée, ceux-là opposables à tout le monde; ceux-ci imposant le plus souvent à l'obligé un fait à accomplir, ceux-là n'imposant qu'une abstention, l'abstention de tout acte contraire au droit. Cela étant, on comprend bien que le fait de ne pas poursuivre un débiteur constitue à la fois la prescription du droit et la prescription de la créance, mais comment comprendre la prescription de l'action réelle envisagée distincte de la prescription du droit? Puisque l'action peut être dirigée contre une personne quelconque, puisque, considérée comme droit distinct, c'est un droit contre tous les hommes, contre le genre humain tout entier, quel sera le fait qui constituera un exercice de ce droit? Suffira-t-il d'avoir actionné une personne quelconque pour que l'action soit réputée exercée et qu'à l'égard de tout le monde la prescription soit interrompue? Ainsi, Pierre possède aujourd'hui depuis quelques mois seulement, le propriétaire qui ne possède plus depuis plus de trente ans a eu l'occasion d'intenter, il y a vingt ans, une action contre Paul, aura-t-il interrompu la prescription même au point de vue de Pierre, devenu possesseur plus tard? S'il en est ainsi, la règle *res inter alios acta* est violée; s'il en est autrement, et il doit en être autrement, le droit d'action se trouve perdu, bien que son titulaire en ait usé depuis moins de trente ans.

Voilà, à notre sens, ce qui rend impossible la supposition que le législateur a pu admettre une prescription distincte de l'action réelle. C'est l'impossibilité, pour celui à qui appartient le droit d'action, d'exercer ce droit contre toutes les personnes contre qui il existe.

369 *bis*. XII. Allons plus loin, le droit d'action n'existe pas tant qu'une personne n'a pas porté atteinte au droit réel; qu'un débiteur obligé *ad faciendum* soit exposé à une action dès qu'il n'accomplit pas le fait promis, et que dès lors on puisse dire : l'action commence à se prescrire, rien de plus facile à comprendre; mais qu'une action réelle soit considérée comme commençant à se prescrire alors que personne n'a porté atteinte au droit que sanctionne cette action, cela est contraire à la théorie même de la prescription, toute prescription a pour point de départ l'inaction ou la négligence d'un ayant droit. Où est la négligence au point de vue du droit d'action quand personne n'a attenté au droit réel? La négligence consiste dans

le défaut d'actes de maître sur le fonds, dans l'abandon de la possession, mais cette négligence n'est pas relative au droit d'action, elle constitue ce que nous appelons le non-usage, et quand on raisonne sur le droit de propriété, on se heurte à cette vérité reconnue que la propriété ne s'éteint pas par non-usage. Il ne faut donc pas tenir compte de l'abandon de la chose par le propriétaire, il ne faut envisager que ce qui concerne l'action proprement dite, et sous ce rapport il n'y a pas négligence du propriétaire, tant qu'il n'existe pas d'adversaire contre qui diriger son action. Si l'on poussait à l'extrême l'idée que le droit d'action préexiste, qu'il est antérieur à tout trouble causé au propriétaire, qu'il se prescrit alors même que la possession n'est pas encore usurpée, ne faudrait-il pas dire que le propriétaire qui possède depuis plus de trente ans et qui, par conséquent, n'a pas exercé son droit d'action, a perdu le droit de l'exercer, le droit de revendication, et pour compléter, en nous emparant de la formule du système que nous combattons, nous ajouterons : n'ayant plus l'action, il n'est plus propriétaire, et sa chose appartient à l'État. Cette conséquence tout exagérée du système ne nous paraît pas de nature à le faire adopter.

369 *bis*. XIII. La définition classique de l'action en revendication nous paraît démontrer que le droit de revendiquer n'existe pas tant que personne n'a porté atteinte au droit de propriété. C'est une action qui tend à faire recouvrer la possession et qui s'appuie sur le droit de propriété. D'après M. Laurent, elle a pour objet la restitution de la chose revendiquée (1). Une action en restitution ne peut pas exister, ne peut pas être prescrite tant que la chose n'est pas détenue par un autre que le propriétaire.

369 *bis*. XIV. Ainsi apparaît, dans notre question, un élément nouveau, la possession, ce qui nous ramène aux règles de la prescription à fin d'acquérir. Si la prescription de l'action ne peut commencer que lorsque commence une possession contraire au droit du propriétaire, nous avons le droit de dire que le législateur ne s'est pas occupé d'une prescription spéciale de l'action, qu'il s'en est référé aux règles sur la prescription acquisitive. Aurait-il pu faire autrement sans réduire à néant toutes les règles qu'il a minutieusement établies sur cette prescription ? Car s'il avait admis une prescription simplement extinctive de l'action, il en résulterait qu'à

(1) V. M. Laurent, t. VI, n° 173.

partir d'un fait quelconque de détention commencerait à courir la prescription de l'action; qu'il ne serait pas nécessaire de posséder *animo domini;* que le possesseur précaire pourrait prescrire contre l'action, et que l'action éteinte, il conserverait l'immeuble. On aurait peine à concilier ce résultat avec les textes qui déclarent que le possesseur précaire ne peut jamais arriver à la prescription. Nous dirions la même chose au cas de possession discontinue, le possesseur aurait cessé de posséder, il aurait repris possession, la prescription de l'action aurait couru depuis la première prise de possession. On arriverait ainsi au même résultat que par la prescription acquisitive en dehors des principales conditions auxquelles la loi a subordonné cette prescription, et l'on consacrerait une bien grande injustice dans certaines hypothèses, par exemple quand le vice de la possession serait la précarité, car le propriétaire ne serait pas en faute d'avoir négligé d'intenter l'action, rassuré qu'il était par le titre du possesseur qui impliquait une reconnaissance de son droit.

A moins qu'on n'aille jusqu'au bout et qu'on dise : quand l'action en revendication est éteinte par prescription, l'immeuble n'appartient pas au possesseur qui ne l'a pas prescrit à fin d'acquérir, il appartient à l'État (art. 713).

Si nous avons démontré que l'action en revendication ne peut pas périr *solo tempore*, nous n'avons pas besoin d'examiner cette dernière proposition qui est comme le complément du système, l'affirmation que la perte du droit d'action implique la perte de la propriété et que l'État acquiert la propriété abandonnée.

370. D'après le principe général, une rente dont, pendant trente ans consécutifs, les arrérages n'auraient pas été exigés, serait prescrite. Cela posé, comme il serait toujours facile au débiteur, qui par un paiement exact aurait évité toute poursuite, de soutenir plus tard qu'il n'a pas payé, et de se prétendre libéré par prescription, la loi autorise le créancier ou ses ayants cause à se faire fournir, après vingt-huit ans de la date du dernier titre, un titre *nouvel,* dont le débiteur doit naturellement supporter les frais. V. art. 2263.

370 *bis.* I. A propos de l'extinction des droits par le laps de trente ans, la loi fait une digression; elle ajoute une obligation à

celles qui pèsent régulièrement sur les débiteurs de rentes. Elle leur impose la nécessité de fournir un titre *récognitif*, qu'elle appelle titre *nouvel* ou nouveau, après vingt-huit ans de la date du dernier titre. Les raisons données au n° 380 font comprendre à la fois l'utilité de la règle et le rapport qu'elle a avec la prescription.

Il serait à craindre qu'après avoir régulièrement rempli ses obligations, le débiteur de la rente ne prétendît n'avoir jamais payé les arrérages et n'invoquât la prescription extinctive de la rente elle-même. Contre une pareille allégation, le créancier serait ordinairement désarmé, car les paiements sont habituellement constatés par des quittances sous seing privé, remises au débiteur, de sorte qu'à moins d'avoir dérogé à l'usage, en donnant des quittances notariées ou en exigeant du débiteur la reconnaissance des différents paiements (autrement dit des *contre-quittances*), le créancier ne pourrait pas prouver que l'obligation a été exécutée. La loi vient au secours des créanciers de rentes, en leur fournissant un moyen préventif. Lorsque approchera l'époque de la prescription, le créancier pourra demander un titre récognitif, à cette époque la présententation de son titre primordial suffira pour prouver qu'il est créancier, et la suppression des quittances par le débiteur ne présenterait aucun danger. Si le débiteur refusait de donner le titre nouveau, il interviendrait un jugement constatant l'existence du droit; et à partir de ce jugement, il faudrait certainement l'expiration d'un nouveau délai de trente ans pour que la prescription s'accomplît.

La période pendant laquelle le titre nouveau peut être exigé est celle des deux ans qui précèdent l'expiration du délai de la prescription (après vingt-huit ans), période suffisante pour que le créancier ait le temps de songer au danger et de se mettre en règle, et assez courte pour que le droit de demander un titre nouvel ne soit pas une cause de vexations exercées incessamment par le créancier contre le débiteur.

370 *bis*. II. La disposition de l'article 2263 est assez générale dans ses termes pour que nous n'hésitions pas à l'appliquer aux rentes viagères comme aux rentes perpétuelles, celles-là, comme celles-ci, pouvant s'éteindre par une prescription de trente ans faute du paiement des arrérages.

Mais, d'un autre côté, l'article est assez précis pour ne pas être étendu aux dettes de sommes exigibles, à l'égard desquelles il

serait d'ailleurs inutile. Ces dettes, en effet, ne sont pas menacées pas la prescription au même degré que les rentes; pour mieux dire, le créancier est suffisamment protégé contre les éventualités d'une prescription prochaine, car, pour que le créancier soit exposé à une prescription imminente, il faut que la dette soit échue depuis bientôt trente ans, la prescription étant suspendue tant que le terme n'est pas arrivé (art. 2257), et si la dette est échue, le créancier qui craint la prescription n'a qu'à demander en justice son paiement pour interrompre la prescription (art. 2244). La règle de l'article 2263 est donc inutile dans ce cas; elle n'était nécessaire, au cas de rente, que parce que le capital n'est jamais exigible et que le créancier ne peut pas agir en justice tant que les arrérages lui sont régulièrement payés.

370 *bis*. III. Le texte de l'article 2263 ne laisse aucun doute sur le point de départ du délai de vingt-huit ans, après l'expiration duquel le titre nouvel peut être exigé. Ce délai part du jour où a été dressé le dernier titre (primordial ou recognitif). Son cours n'est pas entravé, parce que le premier terme d'arrérages ne sera échu que quelques mois après la date même du titre : il n'y a rien là qui contrarie les principes, le délai de vingt-huit ans n'est pas un délai de prescription; de son expiration ne dépend pas l'extinction, mais la naissance d'un droit; il n'y a pas à se demander si le terme accordé pour le paiement doit reculer ou non le point de départ de ce délai.

370 *bis*. IV. Mais la question change de face quand, laissant de côté l'obligation de donner un titre nouvel, on recherche à partir de quelle époque commence la prescription libératoire en faveur du débiteur d'une rente. Commencera-t-elle au jour du contrat, ou bien au jour de l'échéance du premier terme d'arrérages? L'article 2263 n'a pas envisagé cette hypothèse, qui doit être régie par les principes généraux. Or, l'idée première de la prescription libératoire, c'est qu'elle est fondée sur le défaut d'exercice d'un droit pendant un certain temps. L'ancienneté n'est pas par elle-même une cause d'extinction, c'est parce qu'il n'a pas été exercé que le droit périt. Cela ne fait pas doute pour les créances à terme, la prescription ne commence qu'à l'échéance (art. 2257). Le droit existe dès le jour du contrat; mais comme il ne peut être exercé qu'à l'échéance, la prescription ne commence qu'à cette époque. Nous pensons qu'il doit en être ainsi de la rente, le créancier ne peut

exercer son droit qu'à l'échéance du premier terme d'arrérages, de ce jour-là seulement son inaction peut lui être reprochée, il est logique de ne pas faire courir plus tôt la prescription. On objecte le texte de l'article 2263, et l'on dit : La rente n'est pas une créance à terme, les arrérages seuls sont dus à terme; nous ferons observer que la rente, qui n'est pas un droit à terme quant au capital, puisque le capital n'est jamais exigible, n'en est pas moins une créance à *jour fixe* quant à son exécution, puisque le créancier ne peut rien demander avant le premier terme. Or, quand l'article 2257 parle des créances *à jour fixe,* il ne peut songer qu'à un jour fixé pour l'exécution, la créance exigible, mais à terme, existant bien certainement dès le jour du contrat; pourquoi, dès lors, resteindre son application aux créances qui sont proprement à terme et ne pas l'étendre à celles dont la seule exécution est retardée par la convention des parties? Les raisons qui expliquent les dispositions de l'article 2257 n'existent-elles pas avec la même puissance au cas de rente qu'au cas de dette exigible?

Nous l'avons du reste fait remarquer tout d'abord, le texte de l'article 2263 ne peut être invoqué, il donne au créancier un droit que celui-ci a intérêt d'exercer lorsque la prescription approche; or, il est bien certain que la prescription est imminente, même dans notre opinion, lorsque vingt-huit ans se sont écoulés depuis la date du titre.

370 *bis*. V. Nous venons d'appliquer aux rentes une des règles sur la suspension de la prescription. Nous pensons qu'il en est d'autres encore dont il faut tenir compte et dont l'application restreindra l'effet de l'article 2263. Nous songeons aux articles 2252 et 2253, qui établissent, l'un que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, l'autre qu'elle ne court point entre époux. Quand la rente sera due à un mineur ou à un interdit, quand elle sera due par un conjoint à son conjoint, le danger de la prescription n'aura pas existé tant que la cause de suspension aura duré, et par conséquent tout le temps qu'elle aura duré devra être défalqué quand on fera le compte des vingt-huit ans dont parle l'article. Si un mineur a été créancier de la rente pendant dix ans depuis la date du titre, si pendant dix ans la rente a été due par un époux à l'autre, ce n'est pas après vingt-huit ans, mais après trente-huit, que le titre nouvel pourra être exigé. Le demander plus tôt, ce serait imposer au débiteur une charge inutile, puisque

la prescription n'est pas menaçante quand il reste encore au moins douze ans avant qu'elle soit accomplie.

371. La prescription de trente ans forme le droit commun pour tous les cas que la loi n'a pas prévus. Mais, indépendamment de la prescription de dix et vingt ans, et de quelques prescriptions particulières, objet des deux sections suivantes, il existe plusieurs autres prescriptions dont les règles sont expliquées dans les divers titres auxquels elles se rapportent. V. art. 2264; v. à ce sujet art. 475, 617, al. 5, 690, 691, 706, 707, 789, 957, 966, 1304, 1660-1663, 1676, 2180-4°.

371 *bis*. Il faut bien comprendre quelle est la portée de l'article 2264. Il n'a certes pas la prétention de soustraire les diverses prescriptions auxquelles il fait allusion aux règles générales de la matière, notamment aux règles sur les interruptions et les suspensions; la loi les a par exemple appliquées, par les articles 709 et 710, à la prescription extinctive des servitudes; de même elle a fait allusion aux modes d'interruption dans l'article 2180 à propos des hypothèques. Il faut bien qu'il en soit ainsi, car elle n'a traité que très-sommairement de ces prescriptions, dont elle parle accidentellement et *passim;* ce qu'elle en a dit ne permettrait pas de les faire fonctionner si les règles générales n'étaient pas sous-entendues. Le but de l'article 2264 est tout simplement de rappeler le principe *specialia generalibus derogant* qui, par la force des choses, laisse intactes toutes les règles auxquelles la loi spéciale n'a pas dérogé expressément.

SECTION III.

De la prescription de dix et vingt ans.

372. Celui qui, en acquérant un immeuble, a juste sujet de croire qu'on lui en transmet la propriété, ne doit pas rester pendant trente ans exposé à l'éviction. A cet égard, notre Code a adopté, à peu de chose près, les principes de l'usucapion telle que Justinien l'avait réformée. L'acquéreur dont la bonne foi est fondée sur un juste titre prescrit donc la propriété, par dix ou par vingt ans, suivant que le propriétaire habite ou non dans le ressort de la cour d'appel dans

l'étendue duquel l'immeuble est situé. V. art. 2265; et remarquez :

1° Que la prescription dont il s'agit ici ne s'applique qu'aux immeubles, dont elle est une manière d'acquérir la propriété;

2° Que la loi exige pour cela une *acquisition* de bonne foi et par *juste titre,* c'est-à-dire une prise de possession accompagnée de la croyance de propriété et fondée sur une cause qui de sa nature serait translative de propriété (v. article 550);

3° Que le temps requis pour prescrire est de dix ou de vingt ans, pendant lesquels, bien entendu, l'acquéreur doit posséder avec les conditions requises (v. art. 2229);

4° Que pour exiger, suivant les cas, une possession de dix ans ou une possession de vingt ans, notre loi considère l'*habitation,* ou le *domicile* du propriétaire, et la situation de l'immeuble, sans égard au domicile du possesseur (Contr. Just., L. *ult.,* Cod., *de præscr. long. temp.*).

372 *bis.* I. La prescription par dix ou vingt ans est une prescription acquisitive qui a son origine dans l'ancienne usucapion des Romains et surtout dans l'usucapion du droit de Justinien. Elle est soumise aux règles générales sur la prescription à fin d'acquérir, que nous avons déjà étudiées, et qui concernent principalement la possession et ses caractères; mais elle exige deux conditions, dont nous n'avons pas encore parlé et qui sont inutiles pour arriver à la propriété par trente ans; elle veut le juste titre et la bonne foi.

C'est à l'existence de ces deux conditions que cette prescription doit d'être plus rapide que la prescription ordinaire. Puisqu'elle s'appuie sur un titre, elle ne risque pas de consacrer une usurpation, elle tend au contraire à consolider une acquisition imparfaite; puisque le possesseur est de bonne foi, il n'est pas en faute et il doit être protégé contre les conséquences ruineuses que pourrait avoir pour lui l'opération qu'il a faite, s'il était évincé d'un immeuble dont il aurait payé le prix ou sur lequel il aurait fait des dépenses considérables.

372 *bis.* II. L'article 2265, qui donne l'idée générale de la prescription par dix ou vingt ans, peut être traduit ainsi : celui qui *reçoit* un immeuble *a non domino* de bonne foi et à juste titre prescrit

par une possession de dix ou vingt ans. Il faut en effet supprimer de la définition le mot *acquiert*, qui signifierait : *devient propriétaire*, puisque la prescription suppose que la propriété n'a pas passé de celui qui tentait d'aliéner à celui qui tentait d'acquérir; nous disons en outre que l'immeuble a été reçu *a non domino* pour faire comprendre comment la propriété n'a pas été acquise alors qu'il y avait juste titre; cette circonstance, du reste, ressort de l'article qui suppose l'existence d'un véritable propriétaire distinct de l'auteur de la tentative d'aliénation. Enfin, nous complétons l'article en insistant sur la nécessité de la possession, condition sous-entendue par la loi, qui l'a présentée plus haut comme nécessaire à la prescription acquisitive.

372 *bis*. III. Il faut examiner successivement les conditions que nous venons d'énumérer. Parlons d'abord du *juste titre*. Le mot titre est pris ici dans l'acception que lui donne l'article 690, il ne désigne pas un écrit servant de preuve (*instrumentum*), mais un fait juridique de nature à transférer la propriété. Certes, la plupart du temps, il faudra un écrit pour établir l'existence de ce fait, mais c'est là une question de preuve, et si les règles du Code permettent dans telle ou telle hypothèse de prouver autrement que par écrit, la possession n'en sera pas moins appuyée sur un titre quand elle s'appuiera sur un fait juridique qui n'aura pas été constaté dans un acte écrit.

Un fait juridique de nature à transférer la propriété, ce sera par exemple une vente, un échange, une dation en paiement; ce pourra être une donation ou un legs, seulement il faudra observer, par rapport à ces deux derniers titres, qu'il aura été nécessaire que le fait ait été constaté par écrit, parce que la donation et le testament sont des actes solennels à l'égard desquels la formalité de l'écriture est exigée non pas seulement *ad probationem*, mais pour la validité même, *ad solemnitatem*.

372 *bis*. IV. Voilà des faits qui sont incontestablement des titres; mais il en est d'autres qui auront peut-être le caractère apparent d'un fait de nature à transférer la propriété sans être des titres véritables.

Nous citerons d'abord les jugements, non pas bien entendu les jugements d'adjudication, mais ceux qui auront statué sur une demande en revendication, soit qu'un jugement ait rejeté une demande intentée contre le possesseur actuel, soit que ce possesseur ait pris possession en vertu d'un jugement rendu sur sa

demande contre un autre possesseur. Dans les deux hypothèses, le jugement n'est pas un fait générateur de droit; dans le premier cas, il repousse simplement une prétention sans déclarer que le possesseur est propriétaire. Dans le second cas, il reconnaît la préexistence du droit de propriété chez le demandeur, mais il ne transmet pas ce droit, il n'est pas une cause d'acquisition. Dans ses rapports avec le vrai propriétaire, étranger au procès, le possesseur ne peut pas prétendre trouver un titre dans ce jugement.

372 *bis*. V. Le partage de succession n'est pas non plus un titre puisqu'il n'est que déclaratif de propriété; l'héritier tient son lot directement du défunt (art 883), il ne peut donc pas avoir d'autres droits que ceux que celui-ci lui a transmis, et partant pas de titre si le défunt n'en avait pas. Il est vrai que nous avons quelquefois refusé de donner à l'article 883 tout l'effet que sa formule paraît comporter. Nous avons dit : C'est une fiction dont les effets ne doivent pas dépasser ceux en vue desquels elle a été introduite. Or, l'article a pour but de protéger le cohéritier loti contre les ayants cause de ses cohéritiers. Dans les rapports avec d'autres personnes, le partage doit être consideré comme un acte translatif de propriété, ainsi qu'il l'est dans la réalité des faits. Dans cet ordre d'idées, le vrai propriétaire du bien est un tiers, et alors le partage est par rapport à lui un titre.

La conséquence de cette doctrine serait que le copartageant pourrait prescrire par dix ou vingt ans les parts de propriété que ses cohéritiers lui ont transmises, et qu'il ne pourrait pas prescrire, faute de titre, la part qui lui appartenait avant le partage dans le bien indivis qui a constitué son lot. La solution qui peut paraître quelque peu étrange, parce qu'elle aboutit à une acquisition partielle par un possesseur de la totalité du bien, se justifierait cependant très-bien par cette considération que le cohéritier loti a fait des sacrifices, semblables à ceux que fait un acheteur ou un échangiste, pour acquérir les parts de propriété de ses cohéritiers, soit qu'il ait abandonné des parts dans la propriété d'autres objets, soit qu'il ait payé une soulte ou un prix d'ajudication sur licitation. Il mérite donc que la loi facilite une prescription, qui lui évitera des pertes peut-être considérables. Nous hésitons cependant à adopter cette solution, parce qu'elle s'inspire d'une interprétation de l'article 883, qui s'éloigne beaucoup du texte de la loi en y introduisant une distinction qui ne s'y trouve pas.

372 *bis.* VI. Si maintenant nous parlons d'un partage de communauté, il faut distinguer, quant aux effets, selon que l'époux loti est ou n'est pas celui du chef duquel le bien est entré dans la communauté. Nous supposons que l'époux loti n'est pas celui du chef duquel le bien est entré dans la communauté; comme la communauté n'est pas une personne, comme les biens de la communauté sont des biens indivis entre les deux époux, le bien lui appartenait déjà pour moitié depuis son entrée en communauté, et pour cette moitié il avait un titre, c'était l'apport fait par son conjoint qui, en organisant leur régime matrimonial, avait consenti à ce que le bien devînt un bien indivis. Pour la 2e partie du bien, l'époux loti est réputé l'avoir acquise, dès le principe, en même temps qu'il acquérait l'autre, si l'on applique l'article 883, et si on ne l'applique pas, il a dans le partage un titre pour cette partie, qui était celle de son conjoint pendant l'indivision. Quelle que soit donc la doctrine qu'on accepte sur l'article 883, on arrivera toujours à reconnaître que l'époux loti a un titre pour toute la propriété de l'immeuble. Il n'est pas cependant indifférent de savoir si l'on considère ou non le partage comme déclaratif, parce que s'il était traité dans cette hypothèse spéciale comme translatif de propriété, le titre n'existerait pour la seconde moitié que du jour du partage, et les deux parts de propriété ne pourraient pas être prescrites en même temps.

372 *bis.* VII. Examinons maintenant le cas où l'immeuble est tombé dans le lot de celui des époux qui l'a mis en communauté. A son égard la mise en communauté n'est pas un titre, il y a au moins une moitié sur laquelle il a toujours conservé tels quels les droits qu'il avait, et s'il n'avait pas de titre, il n'en a pas acquis par le fait qui a donné à son conjont la moitié de l'immeuble. S'il n'a pas de titre pour la moitié qui était resté sienne, il n'en a pas davantage pour l'autre, quand on applique l'article 883 à la lettre, l'immeuble est censé lui avoir toujours appartenu dans les conditions où il lui appartenait avant la mise en communauté. Lui reconnaîtrons-nous un titre dans la doctrine qui refuse d'appliquer l'article 883? Dira-t-on : Le conjoint lui a transmis par le partage sa moitié, donc il a un titre? On pourrait sans inconvénient admettre que le titre existe parce qu'il faudrait bien reconnaître que la bonne foi manque, car ce titre émane d'un prétendu propriétaire dont il est l'auteur, et puisqu'il sait qu'il manque lui-même de

titre, il doit savoir que son ayant cause n'a pas la propriété.

372 *bis*. VIII. Nous n'avons pas à nous occuper du cas où l'immeuble est entré dans la communauté comme acquêt, parce qu'alors l'époux qui l'a acquis à titre onéreux a nécessairement un titre et que ce titre lui est commun avec l'autre conjoint, dont on peut dire qu'il était le représentant en faisant une acquisition qui, d'après le contrat de mariage, devait profiter à la communauté.

Si le bien n'a que l'apparence d'un acquêt, en ce sens qu'il n'a pas été véritablement acquis pendant le mariage, mais qu'ayant été simplement possédé pendant le mariage, il compte comme acquêt en vertu de l'article 1402, les deux époux n'ont pas de titre tant que dure le mariage, car la femme elle-même qui possède par le mari son mandataire, se trouve n'avoir pas reçu la possession par un acte qui devait la rendre propriétaire, mais l'avoir prise par son mandataire et n'avoir pas plus de titre que lui; après le partage, elle continue à manquer de titre pour la moitié qui était sienne pendant l'indivision, et d'après l'article 883 elle manque également de titre pour l'autre moitié, qu'elle est censée avoir toujours eue, tandis que si l'on n'applique pas l'article 883, elle a un titre émané *a non domino,* puisque son mari lui a cédé cette moitié. Resterait à chercher si elle a été de bonne foi.

372 *bis*. IX. Le partage d'une société demandera les mêmes distinctions que le partage d'une communauté, quand il s'agit d'une société qui n'est pas une personne civile. Quant aux sociétés qui ont une personnalité, il faudra dire qu'elles auront possédé en vertu d'un titre la totalité de l'immeuble, car la mise dans une telle société est une aliénation; partant, l'associé qui reçoit l'immeuble dans son lot a également un titre dans le partage, de sorte que succédant en vertu de ce titre à la possession de la société, il prescrira à partir du jour où l'immeuble sera entré dans le fonds social. Nous ne distinguons pas, quant à l'existence du titre, si l'associé loti est celui-là même qui a mis l'immeuble dans la société ou si c'est un des autres, mais il est clair qu'au point de vue de la condition de bonne foi, le possesseur sans titre qui aura mis la chose en société pourra difficilement, lorsqu'il aura la chose dans son lot, prétendre arriver à la prescription de dix ou vingt ans.

372 *bis*. X. La question de savoir si la transaction est un juste titre dépend de la solution qu'on donne à une difficulté célèbre sur le caractère du contrat de transaction. Est-il déclaratif ou attributif

de propriété? S'il a le premier caractère, il n'est pas un titre; s'il a le second, il est un titre. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut sur ce point. Nous avons établi que tout dépend de la volonté des parties et que, quand elle ne se manifeste pas expressément, on doit supposer qu'elle a eu pour but une translation des droits de l'une des parties à l'autre. Dans ce cas, elle doit servir de titre (1).

372 *bis*. XI. Ce que nous venons de dire sur les choses abandonnées dans une transaction par l'une des parties à l'autre, ne fait, bien entendu, difficulté qu'en ce qui concerne les choses sur lesquelles portaient les prétentions rivales; s'il s'agissait d'un bien non contentieux entre les parties et que l'une d'elles donnerait à l'autre, comme elle donnerait une somme d'argent pour la déterminer à transiger, il est bien certain que cette cession n'est pas simplement déclarative, mais translative de droit, en un mot, qu'elle est un titre.

372 *bis*. XII. La seconde condition nécessaire pour que le possesseur prescrive par dix ou vingt ans, c'est la *bonne foi;* on entend par ce mot la croyance de ce possesseur que son auteur était propriétaire et que par conséquent il l'est devenu lui-même. C'est à raison de cette croyance erronnée que la loi abrège la durée ordinaire de la prescription acquisitive.

La bonne foi a pour point de départ le titre, car il est difficile de comprendre comment une personne pourrait se croire devenue propriétaire si sa possession ne lui était pas advenue à la suite d'un fait juridique de nature à transférer la propriété. Néanmoins, les deux conditions ne se confondent pas. Ainsi, on peut avoir un titre et être de mauvaise foi; c'est ce qui arrive quand on sait que l'auteur de qui l'on tient la chose n'était pas propriétaire; à l'inverse, on peut être de bonne foi et n'avoir pas de titre. Ainsi, le possesseur croit que la chose a été achetée pour lui par son mandataire. C'est l'hypothèse que les anciens jurisconsultes désignaient en disant que le titre était *putatif*. Notre Code, qui ne se contente pas de la bonne foi, mais qui veut en outre un titre, n'admet pas la prescription par dix ou vingt ans dans ces conditions, puisque le titre n'existe que dans la pensée du possesseur. D'autres hypothèses se rapprochent de celles-là, dans lesquelles, faute de titre, la bonne foi

(1) V. ci dessus, n° 281 *bis*. VI-XIII

ne suffit pas. Ainsi, le titre sera une donation nulle en la forme (art. 2267) ou un legs révoqué; quand bien même la personne ignorerait la nullité de la donation ou la révocation du legs, le défaut de titre ferait obstacle à la prescription par dix ou vingt ans.

372 *bis*. XIII. L'erreur qui constitue la bonne foi du possesseur doit porter uniquement sur le droit de son auteur, il faut avoir cru que l'auteur était propriétaire; il n'en faut pas davantage. Si l'acte d'aliénation etait entaché d'un vice comme l'incapacité de l'aliénateur, la violence ou le dol, il ne serait pas nécessaire que le possesseur ignorât les divers vices pour être de bonne foi. Il a pu contracter dans l'espérance d'une confirmation ultérieure, émanée de celui qui a l'action en nullité; il a cru acquérir une propriété rescindable, car le contrat a une existence tant qu'il n'est pas annulé à la demande de la partie incapable ou victime soit du dol, soit de la violence; d'où il résulte que dans les rapports avec le vrai propriétaire, le vice est censé ne pas exister, et que par conséquent il importe peu que le possesseur le connaisse ou l'ignore. Ce possesseur est dans la position de celui qui aurait traité sous une condition résolutoire et qui a un titre tant que la condition n'est pas réalisée; il est de bonne foi en ce sens qu'il a juste sujet d'espérer la confirmation du contrat annulable, comme le possesseur qui a un titre résoluble a juste sujet d'espérer que la condition ne se réalisera pas (1).

372 *bis*. XIV. Quand les deux conditions de titre et de bonne foi sont réunies, la prescription s'accomplit par une possession de dix ou vingt ans, selon que le vrai propriétaire habite ou non dans le ressort de la Cour d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé.

La circonstance qui sert à déterminer quand la prescription aura lieu par dix ans et quand par vingt ans, nous montre clairement quel motif a inspiré au législateur cette fixation alternative d'un délai de prescription. On voit que la durée du délai est en raison directe de la distance qui sépare le vrai propriétaire de son immeuble. S'il en est éloigné, la prescription est plus longue; s'il en est rapproché, la prescription est plus courte. La loi apparemment a pensé que le propriétaire surveille plus facilement son immeuble et connaît plus aisément les usurpations quand il est dans le voisinage de cet immeuble que quand il en est éloigné; supposition très près de la vérité, surtout s'il s'agit non pas de ces usurpa-

(1) V. cas où l'auteur était propriétaire sous condition résolutoire, C. C., 20 janvier 1880. Sirey, 1881, I, 201.

tions totales qui privent le propriétaire de tout le profit de sa propriété, mais de ces petites usurpations partielles, très-ordinaires dans les champs et qui n'apparaissent qu'à l'œil du maître.

372 *bis*. XV. Cette distinction entre le cas où le propriétaire habite près de son immeuble et celui où il habite plus loin, n'est pas la reproduction de la règle romaine, elle n'en est qu'une imitation. Dans le Droit romain la plus ou moins longue durée de la prescription dépendait de l'éloignement ou du voisinage des deux personnes, le possesseur et le vrai propriétaire; la situation relative de l'immeuble n'était pas à considérer. Aussi exprimait-on la règle en disant : La prescription est de dix ans *inter præsentes*, de vingt ans *inter absentes*. C'était aussi la formule de la coutume de Paris (art. 113) que l'article 116 de cette même coutume traduisait en ces termes : Sont réputés présents ceux qui sont demeurant en la ville, prévôté et vicomté de Paris. La règle, ainsi formulée et ainsi comprise, ne peut pas être justifiée par la plus ou moins grande difficulté de la surveillance, mais par cette raison, plus vraie à Rome que dans l'ancienne France, qu'il est plus facile d'intenter un procès quand on demeure près du défendeur que lorsqu'on demeure loin de lui.

Dans le Code civil, ce qui est à considérer, c'est la situation de l'immeuble par rapport au propriétaire qui le revendique. Cet immeuble est-il ou non situé dans le ressort de la Cour d'appel où habite le vrai propriétaire? Aussi a-t-on évité les expressions anciennes *entre présents, entre absents*, qui sont dénuées de signification, quand elles n'expriment pas une relation entre deux personnes. Il en reste bien quelque chose dans l'article 2266, qui nous parlera des années d'absence et des années de présence; mais cet article n'est pas celui que pose la règle, et il a employé des mots incorrects, *brevitatis causa*, considérant si le maître est présent ou absent par rapport à son immeuble et subissant peut-être à son insu l'influence d'une coutume citée par Pothier (1), qui, s'écartant du Droit romain et admettant le système que le Code civil a depuis consacré, disait : Sont réputés présents ceux qui sont demeurants dedans dix lieues à l'environ de la situation de l'héritage, et ceux qui sont demeurants plus loin que de dix lieues sont réputés absents. (Cout. de Sedan, art. 313.) Dans cet ordre d'idée, il ne

(1) V. Pothier, *Traité de la prescription*, n° 106.

faudrait pas parler d'une prescription *entre* présents ou absents, mais d'une prescription *contre* présents ou absents.

372 *bis*. XVI. Dans les explications qui précèdent, nous avons laissé avec intention régner un certain vague sur un point important, que le Code ne traite pas avec précision. Nous avons dit, comme l'article 2265, qu'il s'agit de savoir si le propriétaire *habite* ou non dans le ressort de la Cour d'appel où est situé l'immeuble. Il est cependant bien nécessaire de déterminer d'une façon juridiquement exacte le sens de l'expression *habiter*. Qu'est-ce que la loi entend par cette habitation? est-ce un *domicile?* est-ce une *résidence?* s'agit-il du siége légal des affaires et des intérêts de la personne (art. 101)? s'agit-il d'une résidence de fait? Le Code, dans l'article 2265, semble éviter le mot domicile; il est vrai que dans l'article suivant il l'emploie; mais l'article 2265 est celui qui contient la règle, et c'est surtout dans la formule même d'une règle qu'il faut chercher l'expression qui manifeste la volonté du législateur, l'autre article applique la règle, il est subordonné au précédent, les mots y ont moins d'importance, car le législateur a pu simplement chercher à varier ses expressions dans l'intérêt du style. La manière dont le Code exprime sa pensée dans ces articles a beaucoup d'importance, car il semble s'inspirer de Pothier, qui dit indistinctement : Lorsque les possesseurs et le propriétaire demeurent dans le même bailliage, ou lorsqu'ils y ont leur domicile, et qui finit par ces mots (n° 107) : Lorsque nous disons que la prescription court entre présents, lorsque tant le propriétaire que le possesseur ont leur domicile dans le même bailliage, il est évident que nous n'entendons parler que du domicile de fait et de résidence. Pothier explique longuement par des exemples, dans la suite du paragraphe, cette distinction entre le domicile de fait, la résidence et le domicile de droit.

Les rédacteurs du Code civil ont bien pu, dans l'article 2266, employer le mot domicile en se servant de la terminologie de Pothier et en songeant à la résidence qu'ils appelaient dans l'article précédent l'habitation.

Si on laisse de côté la question de mots, on arrive à penser que la décision formelle de Pothier a dû s'imposer aux rédacteurs du Code civil encore plus qu'à Pothier lui même. Le Code, en effet, admet une règle qui n'est pas celle de Pothier, il considère si le propriétaire habite loin ou près de l'immeuble; nous l'avons dit, il prolonge le délai de la prescription en raison de la difficulté de

surveillance; or, est-ce de son domicile ou de sa résidence que le propriétaire peut surveiller l'immeuble possédé par un tiers? La surveillance est chose de fait, la facilité de surveiller dépend du rapprochement ou de l'éloignement de fait de la personne qui surveille. Qu'importe qu'elle ait un domicile en droit dans le ressort de Cour d'appel où est situé l'immeuble, si elle passe sa vie dans un autre ressort ou même à l'étranger (1)?

372 *bis*. XVII. Il nous faut maintenant parler des effets de la prescription par dix ou vingt ans, en examinant d'abord quels sont les biens qui peuvent être ainsi acquis et ensuite quelle est l'étendue des droits acquis.

C'est d'abord le droit de propriété des immeubles qui peut être prescrit par dix ou vingt ans. Le texte est formel sur ce point.

Mais le texte néglige de parler des démembrements du droit de propriété (usufruit, usage, habitation, servitudes), et le silence de la loi permet de mettre en doute la possibilité de les prescrire. M. Demante a soutenu que l'usufruit peut être acquis par la prescription en général, et par la prescription de dix à vingt ans en particulier; il a montré qu'il n'était pas nécessaire d'édicter une disposition formelle sur ce point, parce que l'usufruit est un droit de même nature que la propriété et comme une partie de ce droit. Nous n'avons pas besoin de revenir sur cette discussion (2).

L'usage et l'habitation s'établissent de la même manière que l'usufruit (art. 625); par conséquent, ce que nous avons dit de l'acquisition de l'usufruit par prescription s'applique à l'usage et à l'habitation.

372 *bis*. XVIII. Quant aux servitudes, il existe des textes : d'abord l'article 691, qui pour les servitudes ayant soit le caractère de non-apparence, soit celui de discontinuité, n'admet aucune espèce de prescription acquisitive; ensuite l'article 690, qui, pour les servitudes continues et apparentes, n'admet que la prescription par trente ans et exclut par là celle dont nous nous occupons. On peut le considérer comme dérogeant à la disposition générale de l'article 2265. Cette opinion, admise par la jurisprudence (3) la plus récente, est enseignée par M. Demante (4).

(1) V. C. I, Pau, 6 juillet 1861. Sirey, 1861, 2, 433.
(2) V. t. II, n° 418 *bis*. IV et V.
(3) V. C. C., 23 novembre 1875. Sirey, 1876, 1-103.
(4) V. t. II, n° 546 *bis*. I.

372 *bis*. XIX. Nous avons dit qu'il fallait examiner l'effet de la prescription de dix ou vingt ans, quant à l'étendue du droit acquis. Nous entendons poser ainsi la question de savoir si la propriété acquise par cette prescription reste grevée des charges qui pesaient sur elle entre les mains du vrai propriétaire, ou si elle arrive au prescrivant franche et quitte de toutes ces charges.

L'espèce que nous envisageons est celle-ci : une personne reçoit *a non domino*, avec juste titre et bonne foi, un fonds grevé d'usufruit, de servitude, d'hypothèques; elle prescrit par dix ans contre le vrai propriétaire, aura-t-elle prescrit contre l'usufruitier, le propriétaire de la servitude, ou le créancier hypothécaire?

Le Droit romain donnait sur ce point une solution affirmative quand il s'agissait de la *præscriptio longi temporis* devenue sous Justinien l'usucapion par dix ou vingt ans. Pothier exposait la même doctrine dans l'ancien Droit, il l'appuyait sur divers articles des coutumes, notamment sur l'article 114 de la coutume de Paris, et comme cet article ne s'expliquait que sur les rentes et hypothèques, il insistait sur le caractère général de la règle et l'appliquait formellement aux servitudes et à l'usufruit (1).

L'acquisition de la propriété franche par la prescription de dix ou vingt ans est donc, dans la tradition, ce qui tend à faire présumer qu'elle a été admise par les rédacteurs de Code civil.

372 *bis*. XX. Il est vrai qu'ils ne se sont pas expliqués sur ce point; mais à propos d'une autre charge réelle, l'hypothèque, ils ont consacré la règle ancienne (art. 2180). Nous avons, sur cet article, démontré qu'il établit une prescription acquisitive de la liberté du fonds, une acquisition de ce qui manquait à la propriété pour être complète (2), ce qui nous autorise à accepter la même idée en matière de servitudes. Si la loi considère comme possible l'acquisition par prescription de ce qui manque à la propriété quand elle est grevée d'hypothèque, à combien plus forte raison ne doit-elle pas autoriser la prescription acquisitive de la partie du droit de propriété qui en est détachée sous le nom d'usufruit ou de servitude! Ces deux droits ayant certainement le caractère de démembrements de la propriété qui est contesté à l'hypothèque, on peut plus sûrement dire à propos de ces droits-là, qu'à propos de celui-ci, que le mode d'acquisition qui donne la propriété entière peut bien aussi attri-

(1) V. Pothier, *Prescription*, n° 139.
(2) V. t. IX, n° 164 *bis*. II.

buer la propriété partielle. Par ce raisonnement, on trouve moyen d'appuyer la solution sur le texte de l'article 2265, car l'usufruit d'un immeuble, la servitude, sont des immeubles, on les possède en possédant le fonds *franchement*, comme disait la coutume de Paris, et par cette possession on acquiert l'immeuble, c'est-à-dire le démembrement de la propriété, une parcelle de la propriété.

372 *bis*. XXI. On objecte, il est vrai, que le Code, aux titres, de l'usufruit et des servitudes, exige trente ans pour l'extinction par non-usage. Mais Pothier prévoit et réfute cette objection, qui s'appuyait autrefois sur l'article 186 de la coutume de Paris. Il établit la différence entre la prescription extinctive résultant du simple non-usage, et la prescription acquisitive, qui a lieu en faveur d'un possesseur qui a titre et bonne foi. Nous dirons comme lui; les articles 617 et 706 qui traitent du non-usage ne sont pas en contradiction avec l'article 2265, qui établit une prescription acquisitive justifiée par une possession avec titre et bonne foi (1).

372 *bis*. XXII. Le caractère que nous attribuons à la prescription par dix ou vingt ans, en tant qu'elle éteint par voie indirecte les servitudes ou l'usufruit, n'implique pas que cette prescription s'identifie avec la prescription de la propriété, qu'elle ne fasse qu'un avec elle, ce sont deux prescriptions parallèles, s'appuyant sur le même principe, mais ayant leurs conditions d'être spéciales, puisqu'elles ont des objets différents et qu'elles s'accomplissent au préjudice de personnes différentes. Nous avons déjà vu, sur l'article 2180, que la prescription de l'immeuble et la prescription de l'hypothèque par un tiers détenteur ont leurs conditions d'être distinctes, que notamment elles ne commencent pas au même moment, et partant de ce fait, nous avons indiqué certaines règles qui ont un caractère relatif et qui ne peuvent pas raisonnablement s'appliquer exactement de la même façon quand la prescription est invoquée contre le propriétaire ou contre le créancier hypothécaire. Nous allons faire les mêmes distinctions quant à la question que nous examinons.

372 *bis*. XXIII. Des règles sur la prescription de dix ou vingt ans, quelques-unes ont un caractère relatif, d'autres un caractère absolu; pas de difficulté sur ces dernières; quant aux autres, puisqu'elles ont pour point de départ la protection due à une personne déter-

(1) Cette opinion est exprimée par M. Demante, t. II, n° 463 *bis*. II et 565 *bis*.

minée, il ne serait pas plus rationnel, en cette matière qu'en celle des hypothèques, de les appliquer dans les rapports du possesseur avec une personne autre que celle dans l'intérêt de qui la règle est établie.

La première condition de la prescription, c'est la possession, c'est-à-dire la détention *animo domini*. Celle-ci est certainement absolue; le détenteur doit avoir la prétention à la propriété, et la propriété étant un droit *erga omnes*, le possesseur doit se présenter comme propriétaire *erga omnes*.

La seconde condition de la prescription par dix ou vingt ans, c'est l'existence d'un titre; elle est absolue en ce sens que si le possesseur n'a pas tenté d'acquérir la chose par un fait juridique de nature à transférer la propriété, il n'aura pas de titre non plus quant au démembrement de propriété qu'il prétend acquérir comme complément de son droit de propriété; il lui faut un titre lui conférant en apparence la propriété franche, donc il lui faut un titre de propriété. Sous ce rapport, le même titre sert aux deux prescriptions, en réalité il y a deux titres, car l'aliénateur, en prétendant transférer la propriété franche, a par là même prétendu transférer les divers droits qui démembraient la propriété.

Mais le titre n'existe, par rapport à ces démembrements, qu'autant qu'il n'en a pas déclaré l'existence, car, s'il l'a déclarée, l'auteur n'a pas prétendu conférer la propriété complète, et par conséquent, pour ce qui, d'après le titre même, manque à la propriété, le possesseur est dépourvu de titre (1). Il est semblable à un acheteur qui, ayant traité pour la moitié indivise de l'immeuble, serait certainement dénué de titre quant à l'autre moitié.

372 *bis*. XXIV. Dans cette hypothèse où l'existence d'un droit réel soit d'usufruit, soit de servitude, a été déclarée par celui qui a tenté d'aliéner le fonds, on pourra cependant concevoir une prescription par dix ou vingt ans produisant indirectement l'extinction du droit réel. Il faudrait alors qu'il existât un titre spécial quant à ce droit. Le possesseur de l'immeuble aurait acheté l'usufruit de quelqu'un qui ne serait pas le véritable usufruitier, ou la servitude d'un voisin possesseur du fonds dominant sans en être propriétaire. Il aurait certes un titre en ce qui touche le droit réel qui démembrait sa propriété et que son auteur quant à la propriété ne lui avait

(1) V. Pothier, *Prescription*, n° 139.

pas vendu. Ce titre existant, nous ne voyons pas comment il n'acquerrait pas le droit qui manque à sa propriété, comme il l'acquerrait par un acte émané *a vero domino* ou par une prescription fondée sur un titre afférent à la propriété franche.

Nous le ferons d'ailleurs observer; il est assez généralement reconnu que l'usufruit peut être acquis par la prescription de dix ou vingt ans, et que si l'on n'admet pas ce mode d'acquisition pour les servitudes quand il s'agit de les constituer, c'est qu'il s'agit de grever une propriété, ce qui peut présenter des dangers au point de vue économique. Il n'y a pas les mêmes raisons d'empêcher l'acquisition d'une servitude déjà constituée qui a pour résultat l'extinction même de ce droit, puisque nous le supposons acquis par le propriétaire de l'immeuble servant.

372 *bis*. XXV. Après le titre, il faut parler de la *bonne foi*. C'est là une condition relative, car la bonne foi, c'est l'erreur; or, l'erreur peut porter sur des points divers, et par conséquent le possesseur peut être de bonne foi par rapport à un droit dont il ignore l'existence, et de mauvaise foi par rapport à un autre droit qu'il connaît.

On comprend la bonne foi sur la propriété et la mauvaise foi sur la servitude lorsqu'on en connaît l'existence. Pourquoi, en pareil cas, le possesseur jouirait-il d'une prescription privilégiée quant au droit dont il connaît l'existence?

Le contraire serait possible, le possesseur de mauvaise foi quant à la propriété pourrait être de bonne foi quant à la servitude. Nous n'admettrons pas alors la prescription par dix ou vingt ans, parce que si l'on peut comprendre la prescription de la propriété sans la prescription de la franchise de cette propriété, à l'inverse il est difficile de comprendre la prescription de la franchise sans la prescription de la propriété.

372 *bis*. XXVI. La prescription par dix ou vingt ans est soumise, quant à sa durée, à certaines conditions qui ont un caractère relatif. Nous voulons parler des règles qui subordonnent la durée de la prescription à la circonstance que celui contre qui l'on prescrit réside dans tel ou tel lieu. Nous l'avons dit, le délai est prolongé ou abrégé, selon que la résidence du propriétaire lui donne moins ou plus de facilité pour surveiller l'immeuble et interrompre la prescription. Ces règles sont donc inspirées par l'intérêt particulier de celui contre qui l'on prescrit; dès lors, quand il s'opère deux prescriptions simultanées à propos du même bien, on comprend qu'il y ait deux délais

différents si les deux personnes contre qui l'on prescrit n'ont pas les mêmes facilités de surveillance, si elles demeurent l'une dans le ressort de la Cour d'appel où est situé l'immeuble, l'autre hors de ce ressort.

372 *bis*. XXVII. Enfin, la question de durée fait songer aux règles sur les suspensions et les interruptions; elles ont aussi certainement un caractère personnel et relatif; si le propriétaire est majeur, est-il juste que la prescription coure contre le propriétaire de la servitude qui est mineur? Si le propriétaire n'a pas fait d'actes interruptifs de prescription, pourquoi ne tiendrait-on pas compte de ceux qu'aurait faits l'autre intéressé?

Dans ces deux hypothèses toutefois, et dans celles qu'examine le n° 372 *bis*. XXVI, nous devons faire certaines réserves. Nous admettons bien que la prescription de la servitude puisse être plus longue que celle de la propriété, mais nous n'admettons pas qu'elle puisse être plus courte. Nous avons dit la raison plus haut, on peut prescrire la propriété sans la franchise, mais on ne peut pas prescrire la franchise sans la propriété. Cette solution diffère de celle que nous avons donnée sur les mêmes questions en matière d'hypothèque (1). Nous nous étions alors contenté de tirer notre seconde solution de la première par voie de réciprocité; aujourd'hui, en examinant au fond les deux hypothèses, nous pensons de l'hypothèque ce que nous venons de dire concernant les servitudes.

372 *bis*. XXVIII. Dans tout ce que nous venons de dire sur l'effet de la prescription de dix ou vingt ans par rapport aux servitudes, nous avons toujours supposé l'accomplissement des deux prescriptions ayant pour objet l'une la propriété et l'autre le complément de la propriété que la servitude diminue. Autrement dit, nous avons envisagé uniquement l'hypothèse où celui qui prescrit a reçu l'immeuble *a non domino*. Nous devons nous occuper d'une autre espèce, dans laquelle un acquéreur tiendrait l'immeuble du vrai propriétaire, ce qui rendrait inutile la prescription de la propriété, mais n'aurait reçu qu'une propriété grevée de servitude, ce qui laisserait tout intérêt à la prescription d'un complément de cette propriété.

On a repoussé, dans cette hypothèse, l'idée que la servitude pourrait s'éteindre en alléguant que puisqu'elle s'éteint quand la prescription de la propriété s'accomplit par dix ou vingt ans, c'est unique-

(1) V. t. IX, n° 164 *bis*. X *in fine*.

ment par voie de conséquence, ce qui rend inadmissible l'extinction de la servitude quand le fait d'où découle cette conséquence n'a pas lieu, c'est-à-dire quand le possesseur n'a pas besoin d'invoquer la prescription pour établir sa propriété.

372 *bis*. XXIX. Cette doctrine, nous le dirons tout d'abord, a un grand défaut qui prévient contre elle, c'est de plus mal traiter celui qui tient la chose du vrai propriétaire que celui qui l'a reçue *a non domino*. Elle a le tort en second lieu d'abuser d'un mot qui sert à établir, dans l'exposition, la différence entre le cas que nous examinons et le cas de non-usage, mais qui n'explique pas le fondement théorique de la prescription dont nous nous occupons.

Il est inexact en effet de dire que l'extinction de la servitude est la conséquence de la prescription de la propriété; nous savons bien que cette dernière peut se réaliser sans que l'autre s'accomplisse, nous avons cité bien des hypothèses où ce résultat se produit. Au vrai, il y a là deux prescriptions distinctes ordinairement simultanées, parallèles, comme nous l'avons dit, mais indépendantes l'une de l'autre. Ce sont deux prescriptions de deux fractionnements différents de la propriété, l'une a pour objet la propriété diminuée par une servitude, l'autre s'applique à cette part de propriété que l'existence de la servitude retire de la propriété pleine. L'idée s'exprimera bien plus nettement si, au lieu de raisonner sur une servitude prédiale, nous songeons à une servitude personnelle, à l'usufruit. Ici le langage juridique nous fournira les expressions qui nous manquent quand nous parlons de la propriété diminuée par un droit de vue ou de passage. Ne peut-on pas concevoir, d'un côté la prescription acquisitive de la nue-propriété, et de l'autre côté la prescription acquisitive de l'usufruit? Est-ce que celle-ci ne peut fonctionner, que si celle-là fonctionne? Et si j'ai acheté la pleine propriété vendue par un nu-propriétaire, comment ne pas me considérer comme ayant acheté *a non domino* l'usufruit? L'usufruit et les servitudes prédiales sont des droits de même nature, et ce qui est vrai de l'un doit être vrai des autres.

372 *bis*. XXX. Ces principes nous paraissent avoir été parfaitement appliqués par l'article 2180, qui autorise une prescription de l'hypothèque subordonnée à la possession, par conséquent une prescription acquisitive, prescription qui peut s'accomplir par dix ou vingt ans avec titre et bonne foi; l'article établit cette prescription en faveur du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, alors que ces

expressions, tiers détenteur, s'appliquent dans la matière hypothécaire bien plus souvent à un véritable acquéreur ayant reçu *a vero domino* qu'à un possesseur qui tiendrait la chose *a non domino* (1). Cette décision de la loi doit avoir un grand poids en ce qui touche notre question de servitude, parce que, comme nous l'avons déjà dit, il y a une bien grande affinité entre les deux matières.

373. Le temps de la prescription contre le propriétaire absent du ressort de la cour d'appel étant double de celui qui est exigé contre le propriétaire présent, il est naturel que s'il a été successivement présent et absent, deux années d'absence comptent toujours pour une de présence. V. article 2266.

373 *bis*. I. L'article 2266 résout une difficulté pratique qui se présente quand le vrai propriétaire n'a pas résidé, pendant le temps de la possession, toujours dans le ressort de la Cour d'appel ou toujours hors du ressort. Il a été un certain temps présent et un certain temps absent. (Nous employons ici la langage du Code, qui parle d'années d'absence et d'années de présence). Il n'a donc pas été présent pendant dix ans. Il manque quelque chose aux dix années exigées pour que la prescription soit accomplie. Le possesseur veut compléter le délai en comptant des années d'absence, la loi lui en reconnaît le droit, mais elle ne donne à chaque année d'absence que la valeur d'une demi-année de présence : si donc le possesseur compte cinq ans de possession, pendant lesquelles le propriétaire habitait le ressort de la Cour d'appel, il faudra compléter par dix années de possession pendant lesquelles le propriétaire aurait habité ailleurs, et ces dix années valant cinq, on arrive ainsi à la prescription par dix ans.

373 *bis*. II. Le calcul que nous venons de faire n'est pas celui que paraît commander le texte qui dit d'ajouter *à ce qui manque* aux dix ans de présence un nombre d'années double de celui qui manque. Il est évident qu'il y a là une erreur d'explication, car, pour compléter un nombre insuffisant, il faut ajouter non pas à ce qui manque, mais au nombre auquel il manque quelque chose. S'il me faut dix mille francs et si j'en ai trois, ce n'est pas à sept qu'il faut que j'ajoute sept, car j'arriverai à quatorze; c'est à trois, nombre insuffisant, qu'il faut que j'ajoute sept pour obtenir dix.

(1) V. t. IX, n° 164 *bis*. I-II

Malgré cette obscurité dans l'expression, la pensée de l'article est très-claire, il faut compléter les années de présence insuffisantes avec des années d'absence, mais en les comptant chacune pour la moitié d'une année.

373 *bis*. III. De cette manière de calculer, il résulte que la prescription qui dure dix ans si le propriétaire a toujours demeuré dans le ressort de la Cour pendant le temps de la possession et vingt ans s'il a toujours demeuré hors du ressort, pourra quelquefois durer un nombre d'années inférieur à vingt et supérieur à dix, qu'elle sera peut-être ainsi réalisée au bout d'un certain nombre d'années entre dix et vingt complétées par quelques mois. De là vient qu'on a pris l'habitude de la désigner sous le nom de prescription de dix *à* vingt ans. Nous préférons l'expression ancienne, prescription de dix *ou* vingt ans, parce qu'elle présente à l'esprit une idée plus précise et parce que les rédacteurs de la loi, dans le cas même de l'article 2265, c'est-à-dire dans l'hypothèse où en réalité la prescription s'accomplira peut-être pour douze, quinze ou dix-sept ans, cherchent toujours à traduire le résultat par le chiffre dix. Ils y arrivent, il est vrai, par un artifice de calcul, en donnant à des années une valeur fictive de six mois, mais par cette fiction ils complètent, suivant leur expression, les dix années de présence. C'est donc que d'après eux il s'agit toujours de la prescription de dix ans, et non pas d'une prescription à durée variable.

374. Le titre est en général nécessaire pour fonder la bonne foi; il ne peut produire cet effet lorsqu'il est entaché d'un vice que personne n'est excusable d'avoir ignoré : aussi le titre nul en la forme ne peut-il servir de base à la prescription de dix ou vingt ans. V. art. 2267.

374 *bis*. I. Nous avons dit, au n° 372 *bis*. III-XI, ce que c'est qu'un titre; ce n'est pas un écrit, c'est un fait juridique de nature à transférer la propriété; s'il en est ainsi, le titre sera rarement nul en la forme, car, en Droit français, il est rare que l'acquisition de la propriété soit assujettie à des formes à peine de nullité. Cependant on peut penser que les rédacteurs du Code ont pensé à la donation qui, étant un contrat solennel, n'est pas translative de propriété quand elle est nulle en la forme.

374 *bis*. II. Les nullités relatives entachant le titre ne le détruisent

pas, il a une existence tant qu'il n'est pas annulé; il en est de même du titre sous condition résolutoire, tant qu'il n'est pas résolu il doit être traité comme un titre pur et simple. Sauf pour ces deux titres à être réputés n'avoir jamais existé, s'ils sont l'un rescindé et l'autre résolu. Il faut se reporter, au reste, au nº 382 *bis*. XIII, pour voir ce que nous avons dit de la bonne foi en ce qui constitue les vices du titre.

Si la nullité était absolue, par exemple, si le contrat invoqué comme titre avait une cause illicite, le titre étant vicié dans son principe devait être considéré comme inexistant.

375. Au contraire, le titre régulier suffit pour faire présumer la bonne foi jusqu'à la preuve contraire. V. art. 2268.

376. Au reste, notre Code, moins sévère que l'ancienne jurisprudence, et conforme sur ce point au droit romain, n'exige la bonne foi qu'au moment de l'acquisition. V. art. 2269.

376 *bis*. I. Il faut bien entendre la règle de l'article 2269. Elle protége celui qui, ayant reçu de bonne foi, découvre plus tard son erreur et se verrait, s'il ne prescrivait que par trente ans, exposé bien longtemps à une action qui peut le ruiner, parce qu'il aura la plupart du temps payé son prix lorsqu'il sera évincé. Cette raison de faveur ne militerait pas dans l'intérêt de celui qui, achetant de mauvaise foi, prétendrait prescrire par dix ans parce que son vendeur aurait été de bonne foi. Il dirait : Ma possession n'est que la suite de celle de mon auteur, et le commencement de cette possession qui nous est commune n'était pas entaché de mauvaise foi : *mala fides superveniens non impedit usucapionem.*

Ce raisonnement s'appuie sur l'article 2265 en le défigurant. Il n'y est pas écrit que la possession de l'acheteur et celle du vendeur ne font qu'une seule et même possession, il y est dit que l'ayant cause peut joindre à sa possession celle de son auteur, ce qui suppose que l'ayant cause prescrit en vertu de sa possession propre. De plus, l'article 2265 abrège la durée de la prescription en faveur de celui qui *acquiert* de bonne foi, ce qui suppose la croyance du possesseur commençant au moment où lui-même commence à posséder, de même l'article 2269 se place au moment de l'acquisition. Pour donner à l'acheteur le droit d'invoquer la bonne foi de son auteur, il faut abuser de la maxime romaine *mala fides superveniens*, en considérant les deux possessions comme se con-

fondant, et en traitant l'événement qui substitue un possesseur de mauvaise foi au possesseur de bonne foi, comme le simple accident qui, au milieu d'une possession par la même personne, lui donne connaissance du vice ignoré de sa possession. Les Romains, du reste, n'ont pas donné à la maxime le sens qu'on voudrait lui attribuer pour justifier la doctrine que nous combattons (1).

376 *bis.* II. Il faut remarquer toutefois que l'ayant cause de mauvaise foi pourra, pour acquérir par la possession de trente ans, compter le temps pendant lequel son auteur a possédé, c'est la conséquence de l'article 2235.

Cette observation nous conduit à une solution peut-être un peu hasardée sur une hypothèse qui a été discutée. Le possesseur de bonne foi tient la chose d'un possesseur de mauvaise foi, qui la tenait lui-même d'un possesseur de bonne foi. Il est l'ayant cause de ses deux prédécesseurs, il prend leur possession telle quelle; d'un autre côté, possédant lui-même de bonne foi, il a droit de prétendre à la prescription par dix ou vingt ans; successeur du premier possesseur qui était de bonne foi, il a droit de joindre à sa possession celle de celui-ci, et succédant aussi à la possession du possesseur intermédiaire, il peut alléguer qu'il a une possession non interrompue; seulement, comme il ne peut pas avoir plus de droit que l'auteur dont il invoque la possession, il ne peut pas donner dans le calcul, aux années de possession de l'auteur de mauvaise foi, la même valeur qu'aux années de sa possession propre, elles n'auront qu'une valeur proportionnelle, elles vaudront deux tiers ou un tiers d'année, selon qu'il s'agira d'arriver à une prescription par dix ou par vingt ans. En effet, trente années de possession de mauvaise foi équivalent à dix ou à vingt de possession de bonne foi, on doit reconnaître qu'une année de possession de mauvaise foi représente un tiers d'année sur une prescription de dix ans et deux tiers sur une prescription de vingt ans. Le calcul proportionnel que nous proposons ici a pour point de départ le règle analogue donnée par la loi dans l'article 2266.

377. Dans cette section se trouve rangée une autre prescription de dix ans, dont les principes sont entièrement différents; elle est relative à la garantie des gros ouvrages faits ou dirigés par les architectes et entrepreneurs. Nous avons

(1) V. Paul, l. II, § 17, D. *pro emptore*, et Pothier, *Prescription*, n° 119.

déjà vu au titre du louage qu'en cas de construction à prix fait ils répondent, pendant dix ans, de la perte totale ou partielle de l'édifice, si cette perte provient du vice de la construction ou même du vice du sol (art. 1792). La loi les déclare ici, d'une manière générale, déchargés de la garantie après dix ans. V. art. 2270.

377 *bis*. I. Après avoir consacré cinq articles à la prescription acquisitive par dix ou vingt ans, que son intitulé semblait avoir seule en vue, la section III du chapitre qui traite du temps requis pour prescrire, se termine par un article unique sur une prescription libératoire, qui n'a pas d'autre rapport avec la précédente que de s'accomplir par dix ans. C'est la prescription en faveur des architectes et des entrepreneurs responsables des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés.

Cet article semble faire double emploi avec l'article 1792, où la question a déjà été abordée; néanmoins, alors même qu'on envisage les deux articles comme traitant de la même prescription, il était très-nécessaire que le Code élargît la règle trop étroite qu'il avait donnée dans l'article 1792. Il n'y est question que de l'édifice construit à *prix fait*, et en présence d'un texte aussi restrictif dans ses expressions, il eût été difficile d'étendre la règle aux entrepreneurs qui n'ont pas construit à *prix fait* et aux architectes qui ont seulement dirigé les travaux. Ces deux classes de personnes encourent cependant une responsabilité, et il est heureux que le Code ait songé, dans le titre de la prescription, à statuer sur la prescription en ce qui les concerne.

377 *bis*. II. Reste à savoir quelle est au juste la décision de ces deux articles. Nous avons établi sur l'article 1792 qu'ils limitent la responsabilité du constructeur, en ce sens que celui-ci est responsable seulement de tout accident survenu dans les dix ans depuis l'achèvement des travaux, et qu'il échappe à la responsabilité pour tout accident survenant après ce délai. Mais nous avons pensé que, lorsque le sinistre survient dans les dix ans, ce qui donne naissance à l'action en indemnité en faveur du propriétaire, cette action, que rien ne limite d'après les textes de la loi, doit durer trente ans en vertu des règles générales (1).

(1) V. t. VII, n° 245 *bis*. VIII-XIII.

377 *bis*. III. Nous ne voulons pas revenir sur les raisons que nous avons fait valoir dans le traité du louage, mais nous sommes obligé d'examiner deux monuments très-importants de jurisprudence sur la question que nous venons de rappeler. Ce sont deux arrêts de la Cour de cassation : le premier, émané de la Chambre civile, a consacré la doctrine que nous avons exposée; le second, arrêt rendu Chambres réunies, admet la solution contraire (1).

377 *bis*. IV. L'arrêt de la Chambre civile formule très-nettement la doctrine en présentant les articles 1792 et 2270 comme des dispositions relatives à la durée de la responsabilité, et en ajoutant qu'ils ne s'expriment pas sur la durée de l'action, qu'aucun autre article ne traite de cette durée, ce qui implique que l'action doit exister pendant trente ans. Le réquisitoire de M. l'avocat général Desjardins a exposé brièvement, mais avec une grande force de logique, les raisons qui ont déterminé la Chambre civile. Nous appelons surtout l'attention sur un des raisonnements qui démontrent que la loi n'a pas voulu parler de la prescription de l'action dans les articles 1792 et 2270. Si telle était en effet sa pensée, elle aurait certainement protégé les mineurs et les interdits, comme elle les protège toujours, en suspendant la prescription; or, le texte est rédigé de telle sorte, il dit si énergiquement : les architectes sont déchargés, qu'on est amené à voir, dans le délai de dix ans, un délai préfixe; solution très-naturelle, si l'on considère ce délai comme limitant la période pendant laquelle le bâtiment doit durer, très-critiquable, au contraire, si elle détermine le temps pendant lequel l'action peut-être intentée, la ruine de l'incapable pouvant être consommée par la négligence de son tuteur.

377 *bis*. V. L'arrêt du 2 août 1882 (Chambres réunies) présente de la façon suivante l'unique motif de sa décision : « Attendu que « de la combinaison des articles 1792 et 2270, C. C., il résulte que le « législateur a voulu comprendre dans un délai unique de dix ans « à partir de la réception des ouvrages, la responsabilité que l'ar- « ticle 1792 établit à la charge des architectes et entrepreneurs, « et l'action en garantie que cet article accorde au propriétaire « de l'édifice qui, dans ce délai, a péri en tout ou en partie, par « le vice de la construction et même par le vice du sol, de telle

(1) V. C. C., Ch. civ., 5 août 1879, Sirey, 1879, I, 405; et C. C., Ch. réun., 2 août 1882, Sirey, 1883, I, 5.

« sorte qu'après dix ans l'architecte et les entrepreneurs sont dé-
« chargés de toute garantie, tant pour le passé que pour l'avenir. »

377 *bis*. VI. S'il nous est permis de critiquer une décision aussi solennelle de la Cour de cassation, nous ferons remarquer que le considérant dont nous venons de reproduire le texte est l'affirmation d'une doctrine plutôt que sa démonstration. Les articles sont obscurs et la Cour le reconnaît, puisqu'elle ne les invoque pas purement et simplement, elle fait sortir leur sens de leur combinaison; mais elle ne nous montre pas comment elle les combine; trouve-t-elle dans l'un des textes une disposition qui étend ou restreint le sens de l'autre? C'est alors qu'on pourrait dire qu'elle les combine (1). Elle ne fait pas ressortir ce qui, dans l'un de ces articles, aurait particulièrement trait à la prescription de l'action. Elle traduit les deux dispositions plutôt qu'elle ne les combine, elle leur donne à toutes deux le même sens; dans l'une elle comprend que la responsabilité limitée à dix ans implique que l'action ne peut être intentée après ce délai, comme dans l'autre elle voit que la décharge de garantie implique l'impossibilité pour le propriétaire d'intenter une action. L'argument consiste donc non pas à combiner les deux textes, mais à les citer comme deux dispositions claires et précises et concordantes de la loi.

377 *bis*. VII. Il faut chercher la pensée de l'arrêt dans les travaux qui l'ont préparé et particulièrement dans le réquisitoire de M. le procureur général Barbier. Il ne procède pas d'abord par combinaison, ce n'est pas dans une action et une réaction des deux articles l'un sur l'autre qu'il cherche la volonté du législateur, c'est dans les travaux préparatoires du Code et dans la doctrine ancienne. Il avoue que les travaux préparatoires ne montrent pas clairement l'intention du législateur; mais au milieu des obscurités de la discussion, il voit la volonté de ne pas innover. Il recherche donc la solution ancienne de la difficulté. Elle n'apparaît pas pour lui très-clairement dans le Droit romain, mais il la trouve dans les anciens auteurs français. Sa citation la plus probante est empruntée à Brodeau sur l'article 127 de la coutume de Paris; on y lit que l'action du bourgeois contre les ouvriers se prescrit, d'après la pratique du Châtelet, par dix ans, après lequel temps on n'est plus recevable et il n'y a plus ni recours ni garantie.

(1) V. *Dictionnaire de l'Académie*. — *Combinaison*, union intime par laquelle les parties de plusieurs corps se joignent pour en former un nouveau.

Arrivant aux textes mêmes du Code civil, le réquisitoire contient le germe d'une combinaison entre les articles; l'article 1792 consacre le principe sur la responsabilité, l'article 2270 règle l'exercice de l'action, d'où il résulte que la garantie et l'action en garantie se confondent par la toute-puissance du législateur qui l'a voulu ainsi, par les plus puissants motifs d'intérêt public, et qui a entendu se conformer en cela au droit préexistant.

Les nécessités pratiques qui ont été ainsi invoquées pour corroborer l'argument de droit ont été peut-être bien gravement prises en considération, car le réquisitoire se termine en recherchant *la loi* de *la loi* et en appuyant la règle sur la nécessité de diminuer les procès et d'en abréger la durée.

377 *bis*. VIII. En résumé, la difficulté pratique que soulevait l'interprétation de nos deux articles aurait mérité d'être tranchée par le législateur, elle l'eût été d'une façon définitive; elle est résolue par la jurisprudence dans un sens qui n'était pas le nôtre, mais cette jurisprudence s'appuie sur des motifs sérieux, et elle arrive à un résultat plus avantageux pour les propriétaires que ne l'eût été une loi qui aurait accordé, par exemple, deux ans pour intenter l'action en prenant pour point de départ un délai de huit ans pour la naissance du droit à la garantie. Il est donc à désirer que la controverse s'éteigne, car elle portait avant tout sur une question d'interprétation et ne mettait pas en jeu quelques-uns de ces grands principes du droit en l'honneur desquels la doctrine doit toujours protester quand elle les croit méconnus (1).

SECTION IV.

De quelques prescriptions particulières.

378. Sous cette rubrique, la loi comprend toutes les prescriptions non mentionnées dans des titres spéciaux, qui s'accomplissent par un laps de temps moindre de dix ans. Les unes sont fondées sur l'usage où l'on est de payer plus ou moins promptement certaines fournitures ou livraisons, certains services ou travaux, sans en prendre ou en garder quittance; les autres reposent sur des motifs particuliers.

(1) Le réquisitoire de M. le procureur général est reproduit par Sirey, 1883, I, 5. Voy. aussi, *ibidem*, la note claire, précise et savante de notre collègue M. Labbé.

379. Dans la première classe il faut ranger les prescriptions de six mois, un an, deux ans ou cinq ans, énumérées dans les articles 2271, 2272, 2273.

La prescription de six mois s'applique :

1° Aux maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons au mois. V. art. 2271, al. 1.

2° Aux hôteliers et traiteurs, pour fourniture de logement et de nourriture. V. art. 2271, al. 2.

3° Aux ouvriers et gens de travail, pour fournitures et salaire. V. art. 2271, al. 3.

379 *bis*. I. L'article a besoin d'être complété en ce qui concerne l'action des maîtres et instituteurs. En ne parlant que des leçons au mois, la loi laisse de côté les leçons au cachet, c'est-à-dire à tant la leçon, et celles qui sont données au trimestre ou à l'année.

Pour les leçons au cachet, il y a un argument *à fortiori* qui tranche certainement la difficulté, le droit doit être prescrit par six mois, puisque ce délai suffit pour une créance plus importante, celle d'un mois.

Quant aux leçons dont le prix est fixé par époques plus longues que le mois, il existe dans l'article une lacune que nous devons combler en nous aidant de l'ancien Droit et de la décision du Code sur une hypothèse voisine. Pothier nous montre que l'ancien Droit admettait une prescription d'un an pour frais d'instruction (1), d'où l'on peut conclure que le Code a sous-entendu le maintien de cette règle en réduisant le délai pour les leçons données au mois; de plus l'article 2272 limitant à une année l'action des maîtres de pension, l'on peut assigner la même durée à celui des professeurs qui ne donnent pas à l'élève la nourriture et le logement.

379 *bis*. II. En ajoutant au mot *ouvriers* l'expression *gens de travail*, la loi a voulu donner plus de compréhension à sa règle, qui embrasse par conséquent non-seulement les ouvriers proprement dits, mais toute personne qui fait pour autrui des travaux à la journée ou à la pièce, les ouvriers des champs, les domestiques ou femmes de service qui ne se louent pas au mois.

Mais l'article ne comprend pas les créances des entrepreneurs, c'est-à-dire de ceux qui s'engagent à faire exécuter des travaux

(1) V. Pothier, *Traité des obligations*, n° 675.

par des ouvriers, sous leur responsabilité et en fournissant les matériaux nécessaires. Ces créances sont soumises à la prescription ordinaire.

380. La prescription d'un an s'applique :

1° Aux médecins, chirurgiens et apothicaires, pour visites, opérations et médicaments. V. art. 2272, al. 1, dont la disposition doit évidemment s'appliquer à toute personne qui exerce légalement quelque branche de l'art de guérir.

2° Aux huissiers, pour le salaire de leurs actes ou commissions. V. art. 2272, al. 2.

3° Aux marchands, pour le prix de leurs marchandises. A cet égard, la loi n'établit point, et repousse par là même, la distinction possible entre les marchands en gros et les marchands en détail (v., au contraire, art. 2101-5°). Mais sa disposition est textuellement bornée aux ventes faites aux particuliers non marchands. V. art. 2272, al. 3.

4° Aux maîtres de pension ou d'apprentissage, pour le prix de la pension des élèves, ou pour le prix de l'apprentissage. V. art. 2272, al. 4.

5° Aux domestiques qui se louent à l'année, pour leur salaire. V. art. 2272, al. 5.

Évidemment, au reste, sans que la loi ait eu besoin de s'en expliquer ici particulièrement, le délai de ces diverses prescriptions doit courir, selon ces cas, tantôt à partir de chaque service ou fourniture, tantôt à partir de l'échéance du terme pour lequel les services et fournitures étaient promis et payables.

380 *bis*. I. Quand la loi parle des marchandises vendues à des particuliers non marchands, elle montre qu'elle a songé aux achats qui n'ont pas le caractère commercial, d'où nous tirerons cette conséquence que, même entre marchands, quand le débiteur n'aura pas fait en achetant acte de commerce, la prescription sera régie par l'article 2272. C'est ce qui arrivera quand un marchand aura acheté d'un autre marchand des objets pour sa consommation personnelle.

380 *bis*. II. L'ancien Droit distinguait entre les marchands en

gros et les marchands en détail, et la prescription était plus courte contre ceux-ci que contre ceux-là (1). Mais le Code a abandonné cette distinction, qui nécessitait une appréciation parfois difficile à faire entre les fournitures en gros et les fournitures en détail.

380 *bis*. III. Le sens du mot *maître de pension* est précisé par le mot *élèves*, qui lui est opposé; il ne s'agit pas des établissements qui, sous le nom de *pensions*, ne fournissent que le logement et la nourriture, et quelquefois la nourriture seule, les maîtres de ces établissements sont des hôteliers qui dissimulent leur véritable nom, la situation est régie par l'article 2271.

380 *bis*. IV. Le point de départ de la prescription, dans les divers cas prévus par les articles 2271 et 2272, n'est pas déterminé par ces articles, probablement parce qu'il n'est pas possible de donner une solution unique sur les diverses hypothèses. L'ancien Droit, appuyé sur une ordonnance de 1510 et sur l'article 126 de la coutume de Paris, prenait pour point de départ la première fourniture, ce que Pothier interprète en ce sens que chaque fourniture sert de point de départ à une prescription spéciale qui n'est point interrompue par une continuation de fournitures (2).

Nous pensons que dans le silence du Code on doit accepter l'idée de Pothier comme idée première de la doctrine. A chaque fourniture correspond une créance, à chaque journée d'ouvrier, à chaque visite de médecin, à chaque acte du ministère de l'huissier, naît une nouvelle créance, qui doit commencer à se prescrire. Voilà ce que la raison indique, puisque la loi n'a pas parlé (3). Maintenant, il faut tenir compte de la convention des parties qui peuvent avoir, tout en fixant le prix du travail à la journée, à la tâche, à la visite, fixé comme un terme pour le paiement, les journées ou les ouvrages à la tâche se payant à la fin de la semaine, ou de la quinzaine, les visites à la fin de la maladie. Ces conventions pourraient être expresses, quelquefois elles seront constatées par un règlement de fabrique, d'autres fois elles pourront être reconnues tacitement, quand on constatera des habitudes soit locales, soit personnelles entre le créancier ou le débiteur. En tout cas, il est certain que la cessation des travaux ou services permet d'en réclamer immé-

(1) V. Pothier, *Obligations*, nos 672, 673.

(2) V. Pothier, *Obligations*, n° 680.

(3) V. cependant C. Chambéry, 28 février 1873. Sirey, 1873, 2, 298. Tribunal de la Seine, 15 janvier 1870. Sirey, 1871, 2, 24.

diatement le prix et doit servir de point de départ à la prescription.

380 *bis*. V. On objecte à notre solution que la créance n'est point à terme, puisque l'ouvrier pourrait demander son salaire avant la quinzaine et le médecin ses honoraires avant la fin de la maladie; mais cette assertion n'est exacte qu'autant qu'on ne reconnaîtra pas en fait l'existence de la convention tacite dont nous venons de parler, ou bien c'est que l'ouvrier ou le médecin use de la faculté qu'il a de cesser ses services.

Nous ne nous arrêtons pas non plus devant une autre objection qui invoque l'article 2274 en lui donnant un sens impératif, d'où il résulterait que dans la pensée de la loi, chaque journée de travail, chaque fourniture est nécessairement soumise à une prescription séparée, puisqu'il est dit que la prescription a lieu malgré la continuation des fournitures ou services. Cet article, dit-on, donne une solution positive à la question que nous agitons.

Nous ne pensons pas que l'article ait cette force exclusive, il peut très-bien s'entendre dans le système que nous adoptons, car si nous ne faisons pas commencer la prescription après chaque journée de travail ou après chaque visite de médecin, nous déclarons qu'elle commencera, suivant les cas, après chaque semaine ou chaque quinzaine, après que le médecin aura cessé de venir régulièrement parce que la maladie aura cessé. C'est alors que l'article 2274 s'appliquera très-raisonnablement : quoique l'ouvrier continue à travailler, qu'il recommence une nouvelle quinzaine, que l'hôtelier conserve son locataire, que le médecin revienne voir le même malade, trois, quatre ou six semaines après la cessation de ses visites, ces différents faits n'interrompront pas la prescription de l'ancienne créance. Voilà la portée certaine de l'article 2274, il n'est pas nécessaire de lui faire dire davantage.

380 *bis*. VI. Toutes les créances énumérées dans les articles 2271 et 2272 ne donnent pas lieu à la difficulté que nous venons d'examiner. Ainsi, pour les leçons au mois, pour les salaires des domestiques qui se louent à l'année, pour le prix des pensions dans les maisons d'éducation, l'époque des paiements se trouve naturellement indiquée à la fin de chaque période de temps servant à déterminer le prix des services, la fin du mois ou la fin de l'année; à moins de conventions particulières, d'ailleurs fort ordinaires, qui diviseraient le paiement de l'année par termes, par exemple par trimestres, alors chaque trimestre se prescrirait séparément.

381. L'action des avoués pour le paiement de leurs frais et salaires est aussi assujettie à une courte prescription, fondée uniquement, comme les précédentes, sur une présomption de paiement. Mais le retard du paiement étant plus ou moins probable, suivant que l'affaire est ou n'est pas terminée, la prescription dans le premier cas est fixée à deux ans, qui courent du jugement, de la conciliation, ou de la révocation de l'avoué. Dans le second cas, elle est de cinq ans, à partir de l'acte qui donne lieu aux frais ou au salaire. V. art. 2273.

381 *bis*. Il peut arriver qu'une affaire se termine par un jugement ou une transaction, et qu'il soit dû à l'avoué des frais d'actes faits depuis plus de cinq ans. Ces frais ne pourraient pas être réclamés, car la créance s'est éteinte par prescription à l'époque où, l'affaire n'étant pas terminée, s'est achevée la période de cinq ans depuis que les frais ont été faits; cette créance éteinte ne peut pas revivre, parce que l'affaire a été reprise et terminée.

382. Quoi qu'il en soit, la continuation des fournitures, livraisons, services ou travaux, n'étant pas ordinairement une raison pour croire qu'il n'a été fait depuis l'origine aucun paiement; cette continuation pouvant même souvent faire présumer le contraire, elle ne doit pas en général faire obstacle à la prescription. Mais lorsqu'il existe un arrêté de compte ou autre acte équivalent, on ne peut plus supposer que le débiteur aura payé sans retirer quittance : il n'y a donc plus lieu qu'à la prescription ordinaire de trente ans. Il est clair que le même effet est produit par une citation en justice, pourvu qu'elle ne soit pas périmée. V. art. 2274.

382 *bis*. I. Les divers événements que prévoit l'article 2274, 2e alinéa, produisent ce résultat que la prescription *cesse de courir*. Telle est l'expression du Code; elle manque de clarté parce qu'elle n'est pas technique. Peut-être ne vise-t-elle qu'une simple interruption, peut-être dit-elle davantage? Par l'interruption, en effet, la prescription ne cesse pas de courir, puisque son cours recommence aussitôt après l'acte interruptif; s'il faut prendre à la lettre l'article 2274, la prescription, au moins la courte prescription devient impossible, ce qui permettrait seulement d'en commencer

une nouvelle dans les conditions ordinaires, c'est-à-dire par trente ans. C'est dans ce sens qu'on entend généralement le Code, en s'appuyant sur l'ancien Droit, et en montrant que le débiteur, qui a donné par une reconnaissance un titre à son créancier, ne peut plus compter sur la prescription abrégée destinée seulement à protéger les anciens débiteurs qui n'ont pas exigé de quittance parce que la créance n'était pas constatée par une preuve sûre et durable.

382 *bis*. II. Ces raisons nous paraissent suffisantes en ce qui touche les hypothèses où il y a eu compte arrêté, cédule (acte sous seing privé) ou obligation (acte notarié). Mais nous avons peine à attribuer le même effet aux citations en justice non suivies de jugement. Certes, quand il est intervenu un jugement, il existe entre le débiteur un titre qui vaut bien un acte notarié, et la présomption de paiement sans quittance n'est guère admissible. Mais la citation en justice seule n'est pas un titre, le débiteur peut, en fait, l'avoir ignorée ou oubliée, parce qu'il n'a pas joué de rôle actif dans cet acte, dès lors il serait dangereux de l'assimiler à une reconnaissance. Si la loi a rapproché cet acte des autres, c'est qu'il constitue aussi une entrave à la prescription, il l'interrompt, il l'arrête dans son cours, et c'est peut-être à raison de l'effet différent des actes qu'il énumérait que l'article 2274 a employé l'expression non technique et par conséquent vague que nous signalions en commençant.

382 *bis*. III. La distinction que nous venons de faire ressort, à notre sens, très-clairement du texte de Pothier qui paraît résumé par l'article 2274, 2e alinéa (1); il dit d'abord que les prescriptions par six mois ou un an n'ont pas lieu, quand il y a eu promesse écrite ou arrêté de compte, il cite l'ordonnance de 1673 (art. 9, tit. Ier), qui emploie les mêmes expressions que le Code, et il ajoute : En ce cas la créance n'est sujette qu'à la prescription de trente ans.

Puis il écrit, au numéro suivant : Les prescriptions n'ont pas lieu si elles ont été interrompues par une demande en justice ; cela est commun à toutes les prescriptions. N'est-il pas clair que pour ce dernier acte, Pothier ne fait pas de différence entre les courtes et les longues prescriptions, et qu'il n'attribue à la citation qu'un effet interruptif ? Ne faut-il pas croire que si Pothier a traité deux

(1) V. Pothier, *Obligations*, nos 676 et 677.

hypothèses différentes en employant les mêmes expressions : la prescription n'a pas lieu, le Code civil a bien pu admettre deux solutions différentes pour deux espèces qu'il embrassait dans une seule formule : la prescription cesse de courir?

383. Ces prescriptions ne reposant, comme on l'a vu, que sur une présomption de paiement, le créancier peut toujours déférer au débiteur le serment sur le fait même du paiement, il peut le déférer aux ayants cause du débiteur, et même aux tuteurs des héritiers mineurs, sur le fait de la connaissance qu'ils peuvent avoir de l'existence de la dette. V. art. 2275.

383 *bis*. C'est parce que ces prescriptions sont très-courtes, que le serment peut être déféré, car il n'est guère probable que le débiteur ait perdu le souvenir d'un paiement très-récent (1).

Quant à la règle qui concerne les ayants cause du débiteur, elle n'est qu'une application de l'article 1359. Si on leur demandait de jurer que la dette a été payée, on les obligerait à jurer sur le fait d'autrui, mais on les interroge sur un point qui leur est personnel, quand on leur demande s'ils ne savent pas que la chose est due.

384. La négligence qu'apportent souvent les plaideurs à retirer leurs pièces des mains des juges et avoués ne pouvait laisser ces fonctionnaires indéfiniment chargés de les conserver. La loi les décharge après cinq ans, à partir du jugement. Les huissiers sont déchargés après deux ans, qui courent du jour même de l'exécution de leur commission. V. art. 2276.

384 *bis*. I. La disposition de l'article qui concerne les juges et les avoués suppose les affaires terminées, et il est à regretter que le Code n'ait pas fixé un délai à propos des affaires non terminées. Pothier indiquait pour ce cas le chiffre de dix ans; le silence du Code oblige à décider que la prescription sera de trente ans.

Pothier prévoyait également, au moins à propos des juges, le cas de décès ou de cessation des fonctions; le Code n'en a rien dit, mais nous pouvons penser qu'il a considéré alors l'affaire comme terminée en ce qui concerne le juge ou l'officier qui n'exerce plus

(1) La preuve d'un aveu pourrait remplacer la délation du serment. C. C., 30 juillet 1879. Sirey, 1879, I, 457.

ses fonctions, et par conséquent il faut admettre que le délai est de cinq ans. C'est une garantie bien nécessaire pour les héritiers.

384 *bis*. II. Le Code ne parle pas des avocats, que Pothier rapprochait des procureurs pour les faire bénéficier de la prescription de cinq ans, il ne dit rien non plus des notaires ou des greffiers. Ces diverses personnes ne pourraient invoquer que la prescription de trente ans.

385. Des prestations périodiques, payables à des termes rapprochés, qu'on laisserait accumuler pendant trente années, conduiraient infailliblement le débiteur à sa ruine : cette considération, jointe à la probabilité des paiements, dont les quittances ne sont pas d'ailleurs gardées aussi exactement quand il s'agit de dettes de cette nature que quand il s'agit d'un capital, a fait soumettre à une prescription de cinq ans *généralement tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts*. La règle, au surplus, est spécialement appliquée par la loi aux arrérages de rentes perpétuelles et viagères, à ceux des pensions alimentaires, aux loyers des maisons et au prix de ferme des biens ruraux, enfin aux intérêts des sommes prêtées. V. art. 2277.

385 *bis*. I. L'article 2277 traite de la prescription des créances de revenus; cette prescription est abrégée, premièrement parce que les revenus étant ordinairement employés aux dépenses courantes, il n'est pas probable qu'un créancier les laisse trop longtemps non payés; secondement, l'accumulation de ces petites dettes renaissant à chaque période, deviendrait ruineuse pour le débiteur. Il aurait facilement cédé à la tentation de ne pas payer, quand le créancier ne le pressait pas, et la loi a voulu que le créancier fût dans la nécessité de le presser.

385 *bis*. II. De ce dernier motif, nous devons conclure que l'article a une portée plus large que celle qu'il paraît avoir. Toute dette accessoire d'une autre et qui vient périodiquement s'ajouter à cette dette principale, doit être soumise à la prescription de l'article 2277. Il n'y a pas à mettre hors de la sphère d'action de cet article les dettes d'intérêts qui, bien que s'augmentant petit à petit par le temps, ne sont pas, à proprement parler, payables ou exigibles à des époques périodiques. Nous songeons aux intérêts

des prix de vente et aux intérêts moratoires de sommes qui n'ont pas été prêtées. Ces deux espèces de dettes ne rentrent pas dans l'énumération de l'article 2277, et l'on a dit en outre qu'elles ne sont pas comprises dans la formule générale qui termine l'article, parce qu'elles ne sont pas payables par année ou à des termes périodiques plus courts. L'intention du législateur nous paraît cependant plus claire que son expression, il a voulu distinguer les dettes de capitaux des dettes qui augmentent périodiquement. Comme ordinairement ces dernières peuvent être exigées à partir de chacune des périodes indiquées, il a employé le mot payable, au lieu d'une expression peut-être difficile à trouver, qui aurait signifié dettes s'accroissant périodiquement.

Aussi bien, il nous semble qu'il n'est pas nécessaire de forcer le sens de l'article. Les deux dettes dont nous parlons sont pour nous véritablement payables au moins au bout d'une année. On dit que les intérêts d'un prix de vente seront payés avec le prix lui-même, les intérêts moratoires avec le capital, et que par conséquent, payables en une seule fois, ils échappent à l'article. Cette allégation n'est pas démontrée; qu'elle constate un fait ordinaire, nous ne le nions pas, mais où trouve-t-on une règle défendant au vendeur de demander séparément les intérêts du prix de vente, quand il est dû une année entière? Le terme stipulé quant au principal porte-t-il donc sur les intérêts? Quant aux intérêts moratoires, pourquoi le créancier, qui veut ménager son débiteur en ne demandant pas le capital, ne pourrait-il pas demander les intérêts? et s'il le peut, on peut dire que les intérêts sont payables à des époques périodiques courtes. Nous ferons seulement une réserve pour les intérêts qui courent entre la demande en justice et le jugement, parce que la dette dépend de la décision judiciaire à intervenir, et que par conséquent la prescription ne saurait courir.

386. Les mêmes motifs qui, dans tous les cas ci-dessus, ont fait abréger le délai ordinaire de la prescription, n'ont pas permis d'en suspendre le cours à l'égard des mineurs ou interdits; on réserve seulement à ceux-ci leur recours contre leurs tuteurs. V. art. 2278.

386 *bis*. I. Quand un incapable exerce une des professions auxquelles s'appliquent les courtes prescriptions, c'est qu'il a été habilité à cet effet, et par conséquent il a été reconnu assez intelligent

pour songer à poursuivre le remboursement de ses créances qui ont une cause professionnelle. Si l'incapable, sans exercer l'une des professions dont nous parlons, est créancier, à l'un des titres indiqués, comme héritier, et pour les créances qui n'ont pas un caractère professionnel (intérêts, loyers, fermages), la responsabilité de son tuteur le couvre suffisamment contre les négligences que celui-ci pourrait commettre à propos des valeurs relativement modiques que représentent les créances réglementées par l'article 2277.

386 *bis*. II. La loi n'a soustrait les courtes prescriptions qu'à l'une des causes de suspension, celle de l'article 2252. On ne rencontrera peut-être pas bien souvent l'occasion de se demander si les autres règles sur les suspensions sont applicables aux prescriptions dont s'occupe la section IV. Cependant nous avons appliqué à plusieurs des créances régies par cette section la disposition de l'article 2257 sur les créances à terme, et nous appliquerions également l'article 2253 qui suspend la prescription entre époux. La question ne pourra d'ailleurs se poser qu'à propos de services qui ne se confondront pas avec les soins que les époux se doivent gratuitement, ou de fournitures qui n'auront pas le caractère alimentaire; car la question de prescription implique l'existence d'une créance; mais l'utilité de notre solution apparaîtra par exemple quand un avoué ou un huissier aura fait des actes de son ministère au nom et dans l'intérêt personnel de sa femme.

387. La transmission des meubles s'opère avec rapidité et ne se constate pas ordinairement par un acte écrit; c'est une raison pour attribuer ici au fait de la possession une plus grande importance. Il est tout simple que celui qui possède un meuble soit par cela seul réputé le posséder à juste titre, et qu'il n'ait pas besoin, dès lors, de répresenter un titre, pour être supposé de bonne foi; mais le Code, en empruntant à notre ancien droit la maxime *en fait de meubles possession vaut titre,* veut dire quelque chose de plus; car il n'accorde la revendication contre le possesseur qu'au cas de perte ou de vol. Hors ces deux cas, la présomption de propriété, qui résulte du seul fait de la possession actuelle, a autant de force qu'une prescription acquise. Quant à la revendication des choses perdues ou volées, elle se prescrit par trois ans, qui

courent, non de l'entrée en possession, mais du jour de la perte ou du vol. V. art. 2279.

387 *bis*. I. Le Code civil a placé à la fin du titre de la prescription une règle sur l'effet de la possession des meubles. Ce n'est pas qu'il entende traiter de la prescription acquisitive des meubles, puisque, d'abord, sa règle est placée dans un chapitre où il n'est question que des prescriptions libératoires; puisque, secondement, il n'indique pas la durée de la possession nécessaire pour prescrire le laps de temps dont parle l'article 2219 dans la définition de la prescription. La place qu'occupe l'article 2279 s'explique plutôt par une idée d'exclusion; au moment où il termine le traité de la prescription, le législateur songe aux meubles pour dire qu'ils ne sont pas ordinairement l'objet d'une prescription acquisitive, et pour motiver cette décision; imitant en cela l'exemple de Pothier qui, au commencement de son introduction au titre des prescriptions de la coutume d'Orléans, examine si les meubles sont soumis, comme en Droit romain, à la prescription de trois ans et constate des divergences sur ce point. Le Code a voulu mettre fin aux discussions et repousser la doctrine romaine en reproduisant et en accentuant la formule ancienne qui, d'après Pothier, diminuait considérablement l'intérêt de la question débattue (1).

387 *bis*. II. La formule demande à être traduite, quoiqu'elle ne soit pas bien obscure. La *possession vaut titre :* qu'est-ce qu'un titre? Un fait générateur de *droit*, un fait translatif de propriété (art. 549, 690); la possession égale le titre, donc la possession confère la propriété. Il s'agit de la possession envisagée d'une façon abstraite, indépendamment de la personne qui l'a transmise, peu importe que cette personne n'ait pas été propriétaire. On pourrait en douter toutefois et faire remarquer qu'en matière de propriété immobilière le titre peut exister sans transférer la propriété (art. 2265); on dirait : le possesseur du meuble a l'avantage de ne pas prouver l'existence du titre sur lequel il appuie la prescription de bonne foi. La disposition même de l'article condamne cette manière de voir, car si elle était exacte, la loi serait incomplète, elle n'a pas dit par quel temps s'accomplirait cette prescription, et l'on ne verrait pas quel avantage le titre procurerait au possesseur qui en serait réduit à la prescription de trente ans. Ce n'est donc pas d'un titre insuf-

(1) V. Pothier, *Coutume d'Orléans*, t. XIV. Introduction, n° 4

fisant, demandant à être corroboré, que la loi a voulu parler, mais d'un titre efficace, parfait (1), d'un titre qui transfère par lui-même la propriété.

L'exactitude de cette traduction ressort encore plus clairement du second paragraphe de l'article qui, supposant que le meuble a été perdu ou volé, donne exceptionnellement au propriétaire l'action en revendication, ce qui implique bien que la règle du 1er paragraphe a pour conséquence le déni de toute revendication dans les hypothèses ordinaires. Or, refuser la revendication à une personne, c'est bien lui refuser la propriété.

387 *bis*. III. Quand nous disons que la possession confère la propriété, il faut immédiatement compléter la formule, sinon elle paraîtrait consacrer des résultats iniques. Le locataire, l'emprunteur, le dépositaire et ceux qui auraient sciemment reçu la chose de l'une de ces personnes pourraient se prétendre propriétaires. Il n'en est pas ainsi, il faudra d'abord, pour l'application de la maxime que le détenteur ait une véritable possession, et le locataire, le dépositaire ou l'usufruitier ne possède pas, il faudra de plus que le possesseur soit de bonne foi, et celui qui a reçu sciemment la chose des mains d'un dépositaire ou d'un locataire n'a pas la bonne foi.

387 *bis*. IV. Il faut examiner successivement ces deux conditions, auxquelles est subordonnée l'application de l'article 2279, et montrer comment on les trouve exigées par les dispositions du Code civil.

1° *La possession.* L'expression elle-même est dans l'article 2279, son sens propre n'est pas douteux, c'est la détention d'une chose *animo domini,* c'est-à-dire à titre de maître; et il n'est pas besoin de s'appuyer sur les articles 2228 et 2229 pour dire que la possession suppose l'esprit de propriété, d'où cette conséquence que celui qui détient une chose à la suite d'un fait qui le constitue débiteur de cette chose *in specie,* n'a pas la possession parce qu'il reconnaît le droit d'un autre maître. Ce possesseur est celui que nous avons appelé un possesseur précaire; d'après l'article 2229, il ne peut pas prescrire. Il ne peut pas davantage invoquer l'article 2279, quoique cet article n'établisse pas une prescription, parce que la règle sur la précarité n'est pas spéciale à la prescription, elle découle de la

(1) V. Bourjon, *Droit commun de la France,* l. II, t. Ier, ch. VI, n° 1.

notion même de la possession, qui manque de son élément essentiel quand manque l'*animus domini*.

387 *bis*. V. Il peut sembler inutile de dire que le possesseur précaire ne peut pas se prévaloir de la maxime : En fait de meubles la possession vaut titre, car ce possesseur étant un débiteur, l'autre partie aurait toujours, à défaut de l'action en revendication, l'action personnelle née du contrat, elle poursuivrait le dépositaire, le locataire, le commodataire, comme des débiteurs. Néanmoins, l'action personnelle pourrait être éteinte par la prescription libératoire, et il serait intéressant de considérer la revendication comme possible. On objecte, il est vrai, que la revendication n'est pas admise en matière de meubles, mais cette objection exagère la portée de l'article 2279, qui protége les possesseurs contre la revendication, mais qui, ne traduisant pas le mot possesseur, semble bien n'y pas comprendre les simples détenteurs.

Il y a une autre hypothèse où il sera utile de constater que la possession précaire n'est pas la possession qu'exige l'article 2279. Si l'on suppose que le prétendu possesseur agit en revendication dans le cas de vol, le défendeur pourrait lui opposer que sa possession ne l'avait pas rendu propriétaire, et il faut remarquer que ce défendeur, s'il n'est pas le voleur, n'est tenu d'aucune action personnelle qui pourrait suppléer à l'action réelle.

387 *bis*. VI. Reste un point sur lequel il faut se fixer : qui prouvera que la possession est ou n'est pas précaire? Celui qui invoque l'article 2279 doit-il prouver qu'il est ou qu'il était possesseur *animo domini?* n'est-ce pas plutôt l'adversaire qui, le fait de détention étant prouvé, doit établir l'absence de cet *animus?* Sur ce point, nous trouvons une solution dans l'article 2230, et nous n'hésitons pas à l'étendre au cas qui nous occupe, bien que l'article 2279 ne rentre pas, à proprement parler, dans la théorie de la prescription. Nous avons en effet expliqué ci-dessus l'article 2230 en le rattachant aux règles générales sur la preuve, et par conséquent ce n'est pas par un principe spécial à la prescription, mais par un principe général, que nous justifions notre décision favorable à celui qui invoque l'article 2279. Nous avons dit qu'imposer au possesseur apparent l'obligation de prouver qu'il a l'*animus domini,* c'est exiger de lui la preuve d'une *négative indéfinie,* car comme il n'est pas astreint à avoir un titre, à dire comment il a acquis, c'est-à-dire à affirmer et à prouver un fait positif, il faut qu'il démontre qu'il n'a pas, à une

époque quelconque, reçu d'une personne quelconque la chose à la charge de la restituer. C'est bien là un fait négatif indéterminé, donc la preuve est impossible. On voit que pour raisonner dans le même sens à propos de l'article 2279, nous n'avons pas besoin de l'article 2230, et nous arrivons, en vertu des règles sur la preuve, à dire que l'adversaire, demandeur ou défendeur, qui contestera l'application de la règle : En fait de meubles la possession vaut titre, devra prouver l'existence du contrat qui donne à la possession de son adversaire le caractère de simple détention *sine animo domini* (1).

387 *bis*. VII. 2° *La bonne foi.* La condition de bonne foi n'apparaît pas, il est vrai, dans l'article 2279, mais elle y est sous-entendue, la loi l'a omise parce qu'elle allait de soi; il s'agissait pour le législateur de substituer une règle à la règle de l'ancienne usucapion des meubles qui supposait la bonne foi, et en supprimant expressément la condition de temps, il n'a pas paru nécessaire de s'expliquer sur la condition de bonne foi qu'on entendait conserver. Mais l'article 1141 montre une application de l'article 2279 où la bonne foi est expressément exigée, et il est bien juridique de compléter la règle avec des élements fournis par un article qui n'est pas autre chose que cette règle mise en œuvre (2). Nous allons voir enfin, en cherchant les motifs de l'article 2279, qu'il ne se justifie complètement qu'autant qu'on subordonne la règle : En fait de meubles possession vaut titre, à la condition de bonne foi.

387 *bis*. VIII. On peut bien expliquer la maxime en l'appuyant sur la difficulté d'exiger des actes écrits pour justifier de la propriété des meubles, sur la nécessité de ne pas exposer les détenteurs de meubles à des revendications incessantes, sur ce qu'on a appelé la sécurité du commerce. Ce sont des raisons d'utilité qui ne suffiraient peut-être pas à justifier l'expropriation si rapide du propriétaire dépossédé.

387 *bis*. IX. Il est une autre raison qui présente la décision de l'article 2279 sous son côté moral et juste. Quand un meuble a passé dans les mains d'un possesseur qui n'est pas le propriétaire et sans la volonté de celui-ci, s'il n'a pas été volé ou perdu, ce qui est en dehors de l'hypothèse que nous examinons, c'est qu'il avait été confié par le propriétaire à quelqu'un qui a abusé de cette confiance

(1) V. C. C., 14 février 1877. Sirey, 1878, I, 72. C. C., 20 juin 1881. Sirey, 1883, I, 447.

(2) V. t. V, n° 57 *bis*. III.

et remis le meuble à une troisième personne. Celui qui tenait la chose directement du propriétaire, c'était un détenteur précaire, un emprunteur, un locataire, un dépositaire, un mandataire ou un vendeur autorisé par l'acheteur à conserver la chose quelque temps. Aucune de ces personnes ne peut invoquer l'article 2279, que l'une d'elles dispose de la chose qu'elle détient précairement, le nouveau possesseur, ayant cause à titre particulier, peut se prévaloir de l'article 2279, c'est précisément en sa faveur, pour le protéger, que l'article est écrit. La loi, qui préfère ainsi l'ayant cause du détenteur précaire au propriétaire, a fait une équitable appréciation de la situation respective de ces deux personnes; à l'une d'elles, c'est-à-dire au possesseur actuel, il n'y a rien à reprocher, pas une faute, pas une imprudence; il a acheté un meuble vendu par celui qui le détenait, il n'est guère possible en fait d'exiger la preuve qu'un vendeur de meubles est propriétaire. L'autre personne, au contraire, a commis une imprudence en plaçant mal sa confiance, en donnant les apparences de la propriété à un détenteur qui en a abusé, et elle est la cause première de l'acte qu'a fait l'acheteur et de l'erreur dans laquelle il est tombé quand il a acheté *a non domino*. Quand on caractérise ainsi le rôle du propriétaire et celui du possesseur dans le fait complexe qui a fait passer la chose de celui-là à celui-ci, on trouve la raison de la loi. Il s'agissait de savoir qui de ces deux personnes supporterait la perte résultant de l'acte accompli par le détenteur précaire qui a vendu la chose à lui confiée. La loi a imposé la perte à celle des deux parties qui par son imprudence a créé la situation et par sa confiance a presque autorisé l'autre à traiter avec le détenteur précaire.

387 *bis*. X. Ces considérations, on le remarquera, supposent que le possesseur a reçu la chose de bonne foi, croyant qu'il traitait avec le vrai propriétaire. Dans le cas contraire, il aurait à se reprocher une imprudence bien plus grave que celle que nous imputions au propriétaire, et nous ne saurions pas expliquer, au point de vue de la justice, ce que nous avons appelé l'expropriation du propriétaire dépossédé. C'est ce qui nous autorise à penser que l'article 2279 a sous-entendu la condition de bonne foi si heureusement exprimée dans l'article 1141.

387 *bis*. XI. Des auteurs d'une grande autorité ont cependant soutenu, en invoquant le silence de l'article 2279, que la bonne foi n'est pas exigée, mais ils n'en reconnaissent pas moins la nécessité

de corriger l'iniquité de la disposition ainsi interprétée. Ils donnent au propriétaire dépouillé une action personnelle en restitution, fondée sur le délit criminel ou civil dont l'adversaire s'est rendu coupable en achetant sciemment la chose d'autrui (1). Il nous semble que leur doctrine arrive au même résultat que la doctrine opposée, car, d'après les principes du Code civil, si l'acheteur, devenu propriétaire, est devenu en même temps débiteur de la chose achetée qui est un corps certain, la propriété est immédiatement retournée à l'ancien propriétaire créancier de la restitution. Il ne peut même pas être né quelque droit sur la chose du chef de l'acheteur pendant l'instant de raison où il a été propriétaire, car il s'agit de meuble, et il n'existe sur les meubles ni hypothèques légales ni hypothèques judiciaires; de plus, s'ils peuvent être frappés par les privilèges généraux, ces privilèges ne donnent pas de droit de suite sur les meubles.

387 *bis*. XII. Il résulte de notre explication que la bonne foi a dû exister au moment du contrat en vertu duquel le possesseur a cru devenir propriétaire; c'est alors qu'il avait intérêt à savoir que le détenteur n'était pas propriétaire, alors, par conséquent, que l'imprudence du propriétaire lui a causé préjudice. Ce n'est pas du reste le possesseur qui doit prouver sa bonne foi, elle est présumée non pas seulement en vertu de l'article 2268, qui est relatif à la prescription, mais en vertu de cette règle générale que le bien se présume et non le mal, et surtout parce que, si l'on imposait au possesseur la preuve de la bonne foi, c'est-à-dire de l'ignorance, on exigerait de lui la preuve d'une négation indéterminée, c'est-à-dire une preuve impossible.

387 *bis*. XIII. Nous terminons les observations sur la bonne foi en faisant remarquer qu'elle est nécessaire seulement au possesseur qui a reçu directement la chose du détenteur précaire aliénant la chose d'autrui, mais qu'on ne doit pas l'exiger de celui qui prouve qu'il tient la chose d'un vrai propriétaire, c'est-à-dire notamment d'un possesseur de bonne foi que l'article 2279 avait fait propriétaire. Celui-là n'invoque pas sa propre possession; il se présente comme l'ayant cause du propriétaire légal, et il a acquis tout le droit de son auteur. On doit le comparer à l'acheteur d'un immeuble, ayant cause d'un vendeur qui a acquis par dix ou vingt ans à cause de sa

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 105, texte et note 20. Édit. 1865.

bonne foi, cet acheteur est certainement propriétaire, quoiqu'il sache que son auteur avait primitivement reçu la chose *a non domino*; s'il invoquait une prescription accomplie par lui-même, il aurait besoin de la prescription de trente ans; mais puisqu'il invoque la prescription accomplie par son vendeur qui était de bonne foi, il peut se prévaloir de la prescription de dix ou vingt ans. S'il en était autrement, le vendeur de l'immeuble, ou du meuble, dans notre hypothèse, se trouverait exposé à une action en garantie pour avoir vendu une chose qui lui appartenait légalement au moment de la vente.

387 *bis*. XIV. Le second alinéa de l'article 2279 consacre une exception, qui est la conséquence du motif de justice sur lequel nous avons appuyé la justification de la maxime : En fait de meubles la possession vaut titre. Quand on ne peut pas reprocher au propriétaire dépossédé d'avoir mal placé sa confiance en donnant volontairement la détention de la chose à quelqu'un qui en a abusé, son droit de propriété ne se perd pas par la simple possession qu'un tiers acquiert de bonne foi. La loi reconnaît au propriétaire dépossédé l'action en revendication.

Les cas prévus où la possession a changé de mains sans que le propriétaire ait à se reprocher une confiance mal placée, sont les cas de perte ou de vol; la chose a été perdue ou volée, celui qui l'a trouvée ou le voleur ne peut pas se prévaloir de l'article 2279, cela va de soi, il n'a pas la bonne foi; mais le tiers qui reçoit de ce possesseur pourrait, s'il était de bonne foi, invoquer la disposition de cet article, si le deuxième alinéa de l'article n'avait pas restreint la portée du premier.

387 *bis*. XV. Le vol prévu par l'article 2279, c'est le vol que caractérise l'article 379 du Code pénal, le fait de soustraire frauduleusement une chose; or, le mot soustraire emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable; l'article 379 n'est donc pas applicable à celui qui reçoit la chose ou à qui la chose est remise et qui ensuite, dans un esprit de fraude, la retient ou en dispose au préjudice du véritable propriétaire. Cette définition du vol et sa paraphrase, que nous empruntons à un arrêt de la Cour de cassation (1), montrent toute la distance qui sépare le vol français du *furtum* romain; on voit en effet, dans les

(1) V. C. C., 2 mai 1845, Sirey, 1845, I, 474.

Institutes de Justinien que le *furtum* ou *contrectatio rei fraudulosa* comprend des cas où le coupable a retenu la chose que le propriétaire lui avait remise, par exemple à titre de gage, de dépôt ou de commodat (1). Si ces hypothèses et autres semblables avaient été comprises sous la dénomination de vol, le deuxième alinéa de l'article 2279 aurait absolument détruit le premier, car nous avons montré que l'article se plaçait toujours dans l'hypothèse où le possesseur tient la chose d'un détenteur précaire. Dans ces hypothèses, le détournement frauduleux de la chose ne constitue pas un vol, mais un acte de délit qualifié abus de confiance (art. 408, C. P.), et par conséquent la disposition de l'article 2279, deuxième alinéa, ne lui est point applicable (2).

387 *bis*. XVI. La revendication qui appartient au propriétaire au cas de vol ou de perte peut être intentée pendant trois ans, non-seulement donc contre l'inventeur ou le voleur, mais contre tout possesseur, elle pourra être intentée pendant ce délai. Ce n'est pas, il faut le remarquer, l'ancienne usucapion des meubles telle que la réglementaient les *Institutes*, car l'extinction du droit du propriétaire s'accomplit par le simple laps de temps, sans condition de possession, ce qui ressort du texte de l'article qui fixe pour point de départ du délai le jour de la perte ou du vol. Il en résulte que le possesseur actionné en revendication peut repousser la prétention de demandeur alors même qu'il possède seulement depuis quelques jours, pourvu que le délai de trois ans soit expiré.

387 *bis*. XVII. Il faut bien comprendre toutefois la portée de l'article 2279, deuxième alinéa. C'est une restriction à la première partie du même article, son premier mot le prouve, il ne statue donc que sur les personnes dont traitait le premier alinéa. Ces personnes, nous l'avons dit, ce sont les possesseurs de bonne foi; l'exception qui les concerne consiste en ce qu'ils ne sont protégés contre la revendication qu'après trois ans écoulés; des possesseurs de mauvaise foi, il ne peut être question, puisque l'article ne les concernait pas et qu'il n'y avait pas quant à eux à restreindre l'effet d'une disposition favorable. Ils restent dans la position que leur font les principes généraux, ils ne peuvent invoquer que la prescription de trente ans. Leur appliquer celle de trois ans, ce serait

(1) V. *Institut.*, l. IV, t. Ier, §§ 6 et 7.

(2) V. C. C., 21 décembre 1863, Sirey, 1865, I, 187, et C. Bordeaux, 26 mai 1873, Sirey, 1874, 2, 5.

les mieux traiter au cas de vol que dans les autres hypothèses, ce qui est inadmissible.

388. Dans les cas où la revendication des meubles est admise, il est clair que le possesseur évincé a, s'il y a lieu, son recours contre son auteur (art. 2279, *in fin.*; v. à ce sujet art. 1599, 1626 et suivants). Mais la loi, dans l'intérêt du commerce, accorde une faveur plus grande à l'acheteur qui n'a aucune imprudence à se reprocher : si l'achat a eu lieu dans une foire, dans un marché ou dans une vente publique, ou si le vendeur est un marchand de choses pareilles, l'acheteur n'est tenu de rendre la chose qu'en recouvrant le prix. V. art. 2280.

388 *bis*. I. L'exception admise par l'article 2279, deuxième alinéa, en faveur du propriétaire qui n'a pas occasionné par sa confiance l'événement qui l'a dépossédé, subit elle-même une restriction qui montre bien que le législateur, dans toute cette matière, a pesé avec soin les responsabilités pour imposer la perte à celle des deux parties en présence qui peut avoir quelque imprudence à se reprocher.

Dans le cas, en effet, où le propriétaire revendique une chose volée ou perdue, s'il n'a pas à s'imputer d'avoir mal placé sa confiance, il a cependant commis une faute au point de vue de la surveillance et de la garde de ses meubles; s'il s'adresse à un possesseur absolument exempt de faute, il devient injuste que la perte retombe sur ce possesseur. Or, de quelle faute peut-on accuser celui qui, voulant acheter un meuble, va le chercher dans la boutique d'un marchand, dans une foire ou dans un marché? que pourrait-il faire si ce n'est pas cela? Les ventes se font en ces lieux-là dans les conditions normales, sous la foi des autorités qui laissent le commerçant exercer son commerce, ce qui suppose qu'il n'est ni un voleur ni un recéleur. Ne pouvant pas exiger de titre de propriété, parce que la nature des choses y répugne en matière de meubles, l'acheteur ne pouvait pas procéder autrement; d'où cette conséquence qu'entre lui et le propriétaire qui n'a pas su éviter la perte ou le vol de sa chose, il est juste de préférer l'acheteur au propriétaire.

Le droit de propriété néanmoins conserve son énergie; le pro-

priétaire peut revendiquer, mais il devra rendre le possesseur indemne en lui restituant le prix qu'il a payé.

388 *bis*. II. Si l'on examine l'hypothèse opposée à celle que régit l'article 2280, on voit mieux encore par antithèse les motifs de la loi. Cette hypothèse opposée est celle où le possesseur n'a pas acheté d'un marchand vendant des choses pareilles, dans un marché, dans une foire ou dans une vente publique ; dans ces circonstances, l'acheteur a confiance dans le vendeur, car un homme prudent doit craindre, en achetant un meuble du premier venu, d'avoir affaire à un voleur. La vente par un particulier n'a pas le caractère professionnel, par conséquent habituel, qu'a la vente commerciale, c'est toujours un événement accidentel, car les particuliers sont plutôt acheteurs que vendeurs; ce caractère accidentel doit inspirer certaine méfiance à l'acheteur, qui doit s'enquérir de la moralité de celui avec qui il traite et qui est en faute quand il n'a pas suffisamment éclairci ce point important.

388 *bis*. III. Les articles 2279 et 2280 nous ont donné la théorie que résume la règle : En fait de meubles la possession vaut titre; il nous reste cependant un point à examiner. Quels sont exactement les biens auxquels s'applique cette formule? Autrement dit : quel est le sens exact du mot *meubles* dans l'article 2279?

Nous avons toujours raisonné sur des hypothèses où il s'agissait de meubles corporels, les seuls qui puissent être véritablement possédés. Si l'on songe à des meubles incorporels, des rentes, des créances, des actions ou intérêts dans des sociétés, il devient impossible de trouver en quoi consisterait la possession. Nous l'avons dit au tome V (1), on ne voit pas quel fait serait le fait matériel qui est l'élément essentiel de la possession, ce ne peut être la détention du titre qui constate l'existence du droit, car ce titre n'est pas le droit lui-même, et de plus la détention du titre ne donne pas au détenteur la physionomie d'un titulaire du droit, puisque ce titre contient évidemment un nom qui n'est pas celui de ce détenteur. Quant à chercher la possession dans l'exercice du droit, ce serait souvent chose impossible, puisque le droit peut ne pas se prêter à des actes réitérés d'exercice, par exemple lorsqu'il s'agit d'une créance qui ne produit pas d'intérêts.

Ajoutons que les droits dont nous parlons ne se transmettent

(1) V. t. V, n° 179 *bis*. I.

pas habituellement par un simple acte de la volonté suivi de tradition, comme les meubles corporels, et que par la force même des choses leur transmission suppose la rédaction d'actes écrits et l'accomplissement de certaines formalités (art. 1690). Dès lors, la principale raison d'être de l'article 2279 manque quand il s'agit de choses incorporelles; le prétendu titulaire du droit doit pouvoir facilement opposer un titre à celui qui prouve avoir eu ce droit antérieurement à lui, d'où il résulte que la règle : En fait de meubles la possession vaut titre, ne peut plus s'appuyer sur un motif d'utilité sociale, sur l'impossibilité d'assurer autrement la sécurité des ayants droit apparents.

388 *bis*. IV. Il faut cependant assimiler aux meubles corporels les droits constatés par des *titres au porteur*. Par l'adoption de cette forme de titres, on a en quelque sorte matérialisé le droit, on l'a assimilé à une chose corporelle, puisque le droit doit passer de personne à personne avec la possession de l'écrit qui en constate l'existence. Quant à cet écrit, qui est un objet matériel, l'article 2279 est applicable, d'où il résulte que quant au droit lui-même il est en principe soumis aux règles de cet article.

388 *bis*. V. Cependant une loi du 15 juin 1872 a, sur un grand nombre de points, abandonnné les règles de l'article 2279. Son article premier permet au propriétaire de titres au porteur *qui en a été dépossédé par quelque événement que ce soit,* de se faire restituer contre cette perte dans une certaine mesure et sous certaines conditions.

Des termes mêmes que nous venons de reproduire, il résulte que la loi ne suppose pas seulement la perte ou le vol des titres, mais qu'elle s'applique aussi au cas d'abus de confiance, puisqu'elle parle de tout événement dépossédant le propriétaire.

Moyennant que le propriétaire du titre aura fait notifier par huissier sa dépossession à l'établissement contre lequel existe le titre (art. 2), et qu'il aura également notifié une opposition au syndicat des agents de change de Paris (art. 11), il empêchera la négociation du titre, car toute négociation ou transmission amiable postérieure à un certain délai indiqué par l'article 12, sera sans effet vis-à-vis de lui, alors même que la négociation ou transmission aurait eu lieu ailleurs qu'à Paris.

Dans les conditions donc prévues par l'article 12, l'article 2279, 1er alinéa, n'est pas applicable quant aux titres qui ont été l'objet

d'un abus de confiance, la possession de bonne foi n'en donne pas la propriété; et quant à ceux qui ont été volés ou perdus, l'article 2279, 2e alinéa, et l'article 2280, perdent leur empire, puisque la revendication dure plus de trois ans et qu'il n'existe pas de tempérament en faveur du possesseur qui a acheté le titre même à la Bourse, c'est-à-dire en un marché public.

Nous venons de dire que la revendication dure plus de trois ans; il s'agit, en effet, d'une revendication, puisque d'après l'article 12, la cession est sans effet vis-à-vis de l'opposant; celui-ci est donc resté propriétaire, et comme la loi n'a pas limité la durée de la prescription qui s'accomplit contre lui, cette prescription doit être de trente ans.

388 *bis*. VI. La loi examine dans l'article 14 l'hypothèse d'une cession opérée avant le délai fixé par l'article 12. Elle renvoie alors aux dispositions des articles 2279 et 2280, d'où il résulte que la possession vaut titre au cas de dépossession pour abus de confiance, et qu'au cas de perte ou de vol, le possesseur de bonne foi pourrait être actionné en revendication pendant trois ans, sauf à se faire restituer le prix d'acquisition, s'il a acheté dans un marché public ou chez un marchand vendant des choses pareilles, c'est-à-dire à la Bourse ou chez un changeur (1).

388 *bis*. VII. En terminant, nous ferons observer que la loi de 1872 ne s'applique ni aux billets de la Banque de France ni aux titres au porteur de rentes sur l'État (art. 16, 1er alinéa). Le rapporteur de la loi justifie la première exception en se fondant sur ce que le billet de banque doit remplir le rôle de monnaie, et qu'il importe que sa circulation s'opère sans formalités et sans vérification. Quant aux rentes sur l'État, c'est l'intérêt de l'État lui-même qui a été invoqué, il eût pu encourir des responsabilités à raison de ce que les nombreux fonctionnaires qui paient les arrérages de ces rentes auraient été difficilement au courant des oppositions et auraient payé par ignorance des faits de perte ou de vol. Cette raison, qui ne vise qu'une des parties de la loi et non pas celle qui nous intéresse, a cependant suffi pour soustraire ces titres à la loi tout entière (2).

388 *bis*. VIII. Parmi les choses incorporelles, les Romains énu-

(1) V., sur les divers points traités par la loi de 1872 et qui sont étrangers à la théorie de l'article 2279, M. Boistel, *Précis de Droit commercial*, p. 425, 3e éd.

(2) V. rapport de M. Grivart. Sirey, *Lois annotées*, 1872, p. 247.

méraient les hérédités; la doctrine moderne reconnaît également que la succession considérée comme droit à l'ensemble des biens d'un défunt est une chose incorporelle. Si tous les biens sont meubles, le droit de succession est mobilier. Ce n'est pas une raison pour que le droit soit régi par l'article 2279. Il est vrai qu'on admet qu'une succession peut être possédée, on a bien souvent parlé de l'héritier apparent qui n'est qu'un possesseur d'hérédité; malgré cela, les motifs sur lesquels s'appuie l'article 2279 montrent qu'il n'y a pas lieu de dire que pour ce genre de biens la possession vaut titre. Ce n'est pas une nécessité commerciale que les droits successifs se transmettent facilement; de plus, il n'est pas possible qu'on prétende avoir acquis un droit de cette nature par une simple convention suivie de tradition; le possesseur de l'hérédité, s'il se prétend héritier, s'appuie sur la loi et sur sa qualité de parent; la loi, il est à la portée de tous de l'invoquer; quant à la qualité et au degré de la parenté, on ne peut pas dire qu'il soit difficile de les prouver légalement à raison d'habitudes et de nécessités empêchant les constatations régulières. Si le possesseur se prétend légataire, comment interdire la revendication contre lui alors qu'il ne présente pas un testament? Le possesseur enfin peut être un cessionnaire des droits successifs d'un héritier apparent, alors il est impossible de prétendre qu'il n'est pas en faute quand il n'a pas préparé des preuves régulières du contrat de cession.

388 *bis*. IX. Quand nous admettons l'action réelle en pétition d'hérédité à propos des successions mobilières, nous supposons que le défendeur s'est comporté comme un héritier ou un successeur universel, qu'il possède en un mot *pro hærede;* c'est la condition nécessaire à l'existence d'une telle action, il faut que la contestation porte sur la qualité même d'héritier, et non pas seulement sur la propriété de biens que le défendeur ne possède pas à titre héréditaire. Si donc un possesseur de certains meubles, faisant partie d'une succession, ne se présente pas comme successeur universel, la question devient une pure question de revendication, et par conséquent l'action ne peut être exercée que dans les cas où la règle : En fait de meubles, la possession vaut titre, reçoit des exceptions. Il en serait ainsi alors même que le possesseur n'alléguerait aucun titre et qu'il serait, par conséquent, ce que les Romains appelaient un *possessor pro possessore*, *qui possidet quia possidet*. Si l'on doit admettre en règle générale l'idée romaine et

dire que la pétition d'hérédité peut être dirigée contre un *possessor pro possessore*, il faut, en tout cas, la rejeter en matière mobilière, car il n'y a pas à demander en cette matière la cause de la possession, il n'a pas besoin de répondre *possideo quia possideo*, sa possession vaut titre, elle suffit à tout et elle répond à tout. On comprend que, sur ce point, l'article 2279 ait dû modifier, en matière mobilière, la règle romaine sur la pétition d'hérédité.

389. Le respect des droits acquis a dicté la disposition finale de ce titre. Il ne fallait pas que la loi nouvelle ôtât à l'action du créancier ou du propriétaire la durée qui lui était promise par la législation sous laquelle elle avait pris naissance. Ainsi les prescriptions commencées lors de la publication du Code ont continué à être régies par les lois anciennes. Le législateur, toutefois, fait exception à cette règle, et déclare la prescription accomplie, si, depuis cette publication, il s'est écoulé le temps fixé pour la prescription aujourd'hui la plus longue, celle de trente ans. V. art. 2281.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE NEUVIÈME.

TITRE DIXIÈME.

TITRE ONZIÈME.

TITRE DOUZIÈME.

TITRE TREIZIÈME.

TITRE QUATORZIÈME.

TITRE QUINZIÈME.

TITRE SEIZIÈME.

TITRE DIX-SEPTIÈME.

TITRE VINGTIÈME.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.


a39003 008534942b


DATE DUE
CAT. NO. 1137

